This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Entscheidungen

des

Reichsgerichts.

Herausgegeben

von

den Mitgliedern des Gerichtshofes.

Entscheidungen in Civilsachen.

Achtzehnter Band.

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1887.

Entscheidungen

des

Reichsgerichts

in

Civilsachen.

VII Std 2
LANDESREGIERUNG
SACHSEN-ANHALT
– Justizminister –

Achtzehnter Band.

Bibliothek
Nr. 244.

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1887.

0024

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.

Inhalt.

I. Reichsrecht.

Nr.		Seite
1.	Kompensation der Einzahlung des Aktionäres mit seinen Forderungen an die Aktiengesellschaft	1
2.	Ist die Wiederbegebung vom Aussteller eingelöster Inhaberpapiere stempelpflichtig?	6
3.	Acceptationsfrist bei durch Mittelspersonen verhandelten Verträgen	10
4.	Kann durch Herstellung eines abgeänderten Titelblattes ein Nachdruck begangen werden? Steht dem Urheber eines Schriftwerkes ein Rechtsschutz gegen Vertrieb mit verändertem Titelblatte zu?	10
5.	Beweispflicht des Einkaufskommissionärs	20
6.	Reichsstempelgesetz §. 6. Begriff des „im Inlande abgeschlossenen Geschäftes". Begriff des „Vermittlers"	25
7.	Unbefugte Benutzung eines durch das Gesetz geschützten Zeichens durch einen Inländer im Auslande	28
8.	Rechtliche Natur der Schenkung eines Gesellschaftsanteiles von Todes wegen. Form. Maßgebendes örtliches Recht	39
9.	Abstempelung von der Zahl nach verminderten, dem Nominalbetrage nach erhöhten Aktien	51
10.	Nachträgliche Mängelanzeige	55
11.	Art. 223 H.G.B. neuer Fassung. Verfolgung von Ansprüchen aus früherer Zeit gegen den Aufsichtsrat. Prüfungspflicht des Aufsichtsrates. Actio doli	56
12.	Unter welchen Voraussetzungen sind Verträge über den Verkauf von Lospapieren wegen Verstoßes gegen §. 286 St.G.B. als ungültig anzusehen?	79
13.	Begriff des Warenzeichens. Kann ein längeres Schriftstück als Warenzeichen angesehen werden? Ist betreffs fremder Waren die Auffassung des fremden Rechtes maßgebend?	85
14.	Eingetragene Genossenschaft. Kann der ausgeschiedene Genossenschafter zum Umlageverfahren herbeigezogen werden?	88
15.	Selbsthilfeverkauf durch einen bei seiner amtlichen Bestellung nicht vereidigten Makler	91

Nr.		Seite
16.	Eintragung eines Warenzeichens zum alleinigen Zwecke, einen Anderen am Gebrauche dieses thatsächlich geführten Zeichens zu hindern, oder um Waren als Waren des Anderen erscheinen zu lassen. Kann der Andere Löschung des Zeichens verlangen?	93
17.	Ist die Wiedergabe eines Gemäldes in einer Lithophanie eine erlaubte Nachbildung?	102
18.	Ist der Verkaufsagent verpflichtet, die Kreditwürdigkeit der Käufer zu prüfen?	112
19.	Wird der Trassant eines an eigene Order lautenden Wechsels dadurch, daß er seinem Indossamente den Vermerk „ohne Obligo" beifügt, von seiner Regreßpflicht frei?	112
20.	Kann die Gestattung der Domizilierung eines Wechsels nur durch ausdrückliche Erklärung erteilt werden?	115
21.	Fall der actio doli gegen eine Aktiengesellschaft aus Verpfändung ihrer eigenen, infolge einer falschen Bilanz in die Höhe getriebenen Aktien durch eine vorgeschobene Person	116
22.	Anfechtungsklage. K.O. §. 24 Ziff. 2	122
23.	Gehört §. 1 des preußischen Gesetzes vom 11. Mai 1842 zu den durch §. 11 des Einf.-Ges. zum G.B.G. außer Kraft gesetzten Bestimmungen?	123
24.	Sind Anerkenntnisse über Steuervergütungen als für den Handelsverkehr bestimmte Schuldverschreibungen zu betrachten?	127
25.	Ist die rheinische Urteilshypothek nach §. 23 Nr. 2 K.O. anfechtbar? (S. a. Nr. 71 S. 337)	134
26.	Klage einer Handelsgesellschaft unter ihrer Firma aus Art. 27 H.G.B. — C.P.O. §. 68 Abs. 2. (S. a. Nr. 86 S. 389)	139
27.	Kann dem Einwande des Versicherers aus der Trunksucht des Versicherten die Replik entgegengesetzt werden, daß er bei genügender Aufmerksamkeit den Lebenswandel des Versicherten habe kennen müssen?	141
28.	Lebensversicherungspoliceklausel der Verwirkung des Rechtes des Versicherten durch Verkürzung des Lebens durch Trunksucht ꝛc	142
29.	Anfechtung wegen eines Anspruches auf Herausgabe von Sachen	145
30.	Zur Auslegung des Reichsgesetzes, betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste §. 6 Nr. 2. 4	150
31.	Kann der Käufer Mängel der Ware rügen, wenn bei einem als Platzgeschäft zu erfüllenden Geschäfte der Verkäufer auf Anweisung des Käufers diesem die Ware zugesendet hat?	155
32.	Klage gegen den falsus procurator. Umfang der Haftung desselben	157
33.	Ist der Verkäufer nach erfolgter Weigerung der Zurücknahme der zur Verfügung gestellten Ware berechtigt, nachträglich die Dispositionsstellung anzunehmen? (S. a. Nr. 93 S. 404)	161
34.	Rechtsverhältnis zwischen zwei Maklern, von welchen der eine zur Ausführung eines ihm erteilten Auftrages den anderen zugezogen hat	163
35.	Betriebsreglement für die Eisenbahnen Deutschlands §. 50	166

II. Gemeines Recht.

Nr. Seite

36. Inwiefern sind auf das Staatsdienerverhältnis die privatrechtlichen Normen des Dienstvertrages anzuwenden? (S. a. Nr. 54 S. 261) . 173
37. Verbindung der Erbschaftsklage mit der erbschaftlichen Singularklage. Sind Schenkungen sub modo überhaupt, bezw. in welcher Höhe sind sie zu insinuieren? Formalität der Insinuation 176
38. Ist die Illegitimitätsklage eines in der Ehe geborenen Kindes zulässig? 184
39. Erziehungsrecht des Vaters und der Mutter. (S. a. Nr. 83 S. 382) 186
40. Geht der Anerbe durch Aufheiratung auf einen anderen Hof des Anerbenrechtes verlustig? 190
41. Ist der Geschäftsführer zur Verzinsung eingenommener Kapitalien des Geschäftsherrn verpflichtet? 196
42. Hausgesetze des hohen Adels. Ist zur Gültigkeit kaiserliche Bestätigung erforderlich? Folgt aus dem Primogeniturrechte Unveräußerlichkeit? Bedeutung der eventuellen Berufung der Kognaten. Wirkung der Zahlung von Abfindungen. Folgen der Mißheirat 198
43. Sind die Strafbestimmungen des decretum Divi Marci durch das Reichsstrafgesetzbuch aufgehoben? 218
44. Uber das pactum de non licitando 219
45. Kann nach gemeinem protestantischen Kirchenrechte die Ehe wegen Betruges über die Vermögensverhältnisse angefochten werden? 223
46. Wird die Klage der Ehegattin auf Ehescheidung wegen böslicher Verlassung durch einen Ehebruch der Klägerin ausgeschlossen? 225
47. Haftet eine für alle dem Gläubiger in Zukunft zustehenden Forderungen bestellte Sicherheit auch für durch Cession erworbene Forderungen? 232
48. Rechte und Pflichten des Bürgen betreffs der Abtretung der Klagen gegen die Mitbürgen 235
49. Hat der in einer auswärtigen verbotenen Lotterie Spielende gegen den Mitspieler eine Klage auf Herausgabe der Hälfte des von diesem erhobenen Gewinnes? 242
50. Kann ein ausgeschiedener Gesellschafter auf dem Saldo aus einem Kontokorrentverhältnisse in Anspruch genommen werden, wenn dieser Saldo in dem von der Gesellschaft fortgesetzten Kontokorrentverhältnisse auf neue Rechnung übertragen wird? 246
51. Gehört zur Insinuation großer Schenkungen die persönliche Anwesenheit der Kontrahenten? 251
52. Kann, wenn ein zu einem Gute gehöriges Grundstück in Erbpacht gegeben ist, das Recht auf Bezug der Erbpacht von dem Gute getrennt werden? 252
53. Steht in betreff der Benutzung des Wassers eines öffentlichen Flusses den Mühlen ein Vorrecht vor den übrigen Gebrauchsberechtigten zu? . 256

III. Preußisches Recht.

54. Inwiefern sind auf das Staatsdienerverhältnis die privatrechtlichen Normen des Dienstvertrages anzuwenden? (Nr. 36 S. 173) . . . 261

Nr.		Seite
55.	Gilt die Regel: ignorantia juris nocet, allgemein auch von gewohnheitsrechtlichen Normen?	261
56.	Voraussetzung der Eigentumsfreiheitsklage auf Erteilung der Einwilligung zur Löschung einer Kautionshypothek	265
57.	Kündigung des Mietsvertrages durch den Verwalter im Nachlaßkonkurse des Mieters	269
58.	Ist §. 27 Nr. 2 des Pensionsgesetzes vom 27. März 1872 auch auf die nach dem Gesetze vom 24. April 1878 in den Ruhestand getretenen Richter und Staatsanwälte anwendbar?	273
59.	Zwangsversteigerung eines Grundstückes, mit welchem ein vom Eigentümer erworbenes, aber ihm nicht zugeschriebenes Trennstück, welches katastermäßig zu einem anderen Grundstücke gehört, als Pertinenz verbunden ist	275
60.	Wieweit ist der Teilhaber einer formlos geschlossenen Gesellschaft zur Rechnungslegung verpflichtet?	280
61.	Auszahlungsbefugnis der staatlichen Hinterlegungsstellen	284
62.	Kommt die Vermutung der Ehelichkeit auch den in ungültiger Ehe geborenen Kindern zu statten? Erfordernisse der Anfechtungserklärung	288
63.	Ist der Bahnkörper einer Privateisenbahn res extra commercium? (Nr. 73 S. 341)	293
64.	Recht zur Sache. Kann auf Grund desselben gegen die Verteilung der Kaufgelder aus einer Subhastation Widerspruch erhoben werden? Welche Wirkung hat die Kenntnis des Erwerbers eines dinglichen Rechtes vom Rechte eines Anderen zur Sache? Ankauf durch einen Gesellschafter mit dem gemeinschaftlichen Vermögen	293
65.	Unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form können Taubstumme testieren?	301
66.	Bedeutung und Wirkung der für Rechnung eines Dritten schlechthin geleisteten Zahlung	309
67.	Wem fallen, wenn der Pachtvertrag auf Grund einer Vertragsbestimmung im Laufe eines Wirtschaftsjahres aufgehoben wird, die Nutzungen dieses Wirtschaftsjahres zu?	314

IV. Rheinisches Recht.

68.	Findet Art. 918 Code civil Anwendung bei Veräußerung eines Hausgrundstückes mit Vorbehalt lebenslänglichen Wohnungsrechtes?	322
69.	Wirkung der Aftererbsetzung nach bad. L.R.S. 869. Einrechnung der Vorteile aus L.R. S. 1522 und 745a in den verfügbaren Vermögensteil. Strafklausel im Testamente	324
70.	Kann der Käufer bei Entwährung des Kaufobjektes Auflösung des Kaufvertrages oder nur Entschädigung fordern? Ist die Novation der Kaufpreisforderung in eine Darlehnsforderung gültig, wenn nachher das Kaufobjekt entwährt wird?	331

Nr. Seite
71. Ist die rheinische Urteilshypothek nach §. 23 Nr. 2 K.O. anfechtbar? (Nr. 25 S. 134) 337
72. Begründung des Schadensersatzanspruches gegenüber einem Bauunternehmer wegen vertragswidriger Beschaffenheit des Baues 338
73. Ist der Bahnkörper einer Privateisenbahn res extra commercium? Vorzugsrecht am Steigerlöse? (S. a. Nr. 63 S. 293) 341
74. Kann eine Inhaberhypothek bestellt werden? Auslegung des badischen L.R.S. 1188 346
75. Voraussetzungen der Gültigkeit eines Handgeschenkes. Kann Hinterlegung von Wertpapieren im Namen des Beschenkten bei einer Bank den Besitz auf diesen übertragen? 352
76. Klage aus Geschäftsführung. Ist über den Antrag auf Ermächtigung zur Vornahme einer Handlung auf Kosten eines Anderen durch Beschluß oder Urteil zu entscheiden? Vor welchem Gerichte ist der Widerspruch gegen einen Sicherheitsarrest zu erheben? (S. a. Nr. 91 S. 402) 356

V. Prozeßrecht.

77. Ist die Ehescheidungsklage als unzulässig abzuweisen, wenn kein Sühnetermin stattgefunden hat? Nach welchem Zeitpunkte bestimmt sich die Kompetenz des Amtsgerichtes zur Abhaltung des Sühnetermines? . . 363
78. Konflikt bei der Zwangsvollstreckung in stehenden Früchten. C.P.O. §§. 690. 714 365
79. Ist ein von einem der Schiedsrichter nicht unterschriebener Schiedsspruch wirksam? Tritt der Schiedsvertrag durch Zurücktritt eines Schiedsrichters nach der Abstimmung außer Kraft? 369
80. Sind bei einem Streite über Priorität von Hypotheken die Zinsen der auf den Liegenschaftserlös angewiesenen Hauptsumme bei Berechnung des Beschwerdewertes einzurechnen? 372
81. Widerspruch gegen Arrest. Geltendmachung durch den Gläubiger des Arrestschuldners. Zuständigkeit 374
82. Verhältnis der Entscheidung im Wechselprozesse zu dem Nachverfahren. Wirkung des in einem von zwei verbundenen Prozessen geleisteten Eides für den anderen Prozeß 378
83. Bildet die Ablehnung der auf Grund von §. 139 C.P.O. beantragten Aussetzung der Verhandlungen aus einem rechtsirrigen Grunde einen Revisionsgrund? (Nr. 39 S. 186) 382
84. Aussetzung des Verfahrens wegen mangelnder Prozeßfähigkeit einer Partei 383
85. Kann bei eventueller Häufung zweier selbständiger Klagen der Berufungsrichter über die zweite in erster Instanz nicht entschiedene Klage erkennen? 385
86. Findet die Vorschrift des §. 68 Abs. 2 C.P.O. auch dann statt, wenn die Entscheidung über die Zulässigkeit der Nebenintervention mit dem Endurteile verbunden ist? (Nr. 26 S. 139) 389

Nr.		Seite
87.	Darf der Gerichtsvollzieher gepfändete Sachen als dem Schuldner unentbehrlich selbständig wieder zurückgeben? Erwirbt der Käufer an Sachen, welche der Pfändung nicht unterworfen sind, ein Pfandrecht?	389
88.	Bei welchem Gerichte hat der eine Pfändung des Gemeinschuldners anfechtende Konkursverwalter zu klagen?	393
89.	Ist die Rechtsmittelschrift ausschließlich dem für die obere Instanz eventuell bestellten Anwalte zuzustellen?	395
90.	Verteilung eines Benefiziarnachlasses in den Reichslanden	398
91.	Beschluß oder Urteil über einen Exekutionsantrag? Vor welchem Gerichte ist Widerspruch gegen Sicherheitsarrest zu erheben? (Nr. 76 S. 356)	402
92.	Ist die Beweisgebühr voll zu erheben, wenn der Schwurpflichtige die Eidesleistung verweigert?	403
93.	Setzt §. 411 C.P.O. voraus, daß eine Beweisaufnahme stattgefunden habe? (Nr. 33 S. 161)	404
94.	Welcher Beamte der Staatsanwaltschaft bildet bei Anfechtung eines Entmündigungsbeschlusses den Gegner des Entmündigten?	405
95.	Wird durch die Kompensationseinrede bezüglich der Gegenforderung Rechtshängigkeit begründet?	408
96.	Kann im Urkundenprozesse Verurteilung zur Zahlung einer Geldsumme mit einer besonderen Maßgabe hinsichtlich der Zwangsvollstreckung verlangt werden?	413
97.	Steht dem Nebenintervenienten eine eigene Rechtsmittelfrist zu? Muß ihm das Urteil zugestellt werden?	416
98.	Zeitpunkt für Bestimmung der Zulässigkeit eines Rechtsmittels. Kann die Entscheidung über die Kosten, wenn nach Einlegung des Rechtsmittels die Hauptsache sich erledigt hat, angefochten werden?	418
99.	Welcher Gerichtsschreiber hat die vollstreckbare Ausfertigung bezüglich eines rechtskräftig zugesprochenen Klaganspruches zu erteilen, wenn wegen eines anderen Klaganspruches die Berufung anhängig ist?	424
100.	Liegt ein weiterer Beschwerdegrund in der Unterlassung der Prüfung der Beschwerde? Wird das Retentionsrecht des Vermieters beschränkt durch §. 715 Nr. 4 C.P.O.?	425
101.	Erinnerung oder Beschwerde gegen Beschlüsse des Vollstreckungsgerichtes? C.P.O. §§. 685 Abs. 1. 701	431
102.	Vollstreckung des Urteiles auf Befreiung von einer Bürgschaft	435

Sachregister 437
Gesetzesregister 457
Chronologische Zusammenstellung 465
Zusammenstellung nach Oberlandesgerichtsbezirken 470
Berichtigungen 470

I. Reichsrecht.

1. Kann sich der Aktionär der Verpflichtung zur baren Einzahlung des fällig gewordenen Aktienbetrages auf Grund eines mit der Aktiengesellschaft geschlossenen Kompensationsvertrages entziehen, nach welchem die Verpflichtung aus der Aktie auf in Zukunft an die Aktiengesellschaft entstehende oder fällig werdende Forderungen aufgerechnet werden soll? Ist die gesetzliche Kompensation nach Ausbruch des Konkurses der Aktiengesellschaft (früheres Aktienrecht) statthaft? Ist die vor dem Konkursausbruche vollzogene Kompensation mit fälligen Forderungen wirksam?

I. Civilsenat. Urt. v. 29. Mai 1886 i. S. A. (Bekl.) w. Konkursmasse der Aktiengesellschaft Fürstenwalder Stärke-, Zucker- u. Mehlfabrik (Kl.). Rep. I. 129/86.

I. Landgericht Frankfurt a./O.
II. Kammergericht Berlin.

Bei Errichtung der 1882 in Konkurs verfallenen Aktiengesellschaft im Jahre 1881 hatte Beklagter 15 000 ℳ Aktien gezeichnet und die ersten 10 % eingezahlt. Auf Grund einer Vereinbarung mit den Gründern, welche die Gesellschaftsorgane aufrecht erhielten, hatte er die Maschinen für die betriebsfähige Herstellung der Fabrik der Gesellschaft zu liefern. Als die Gesellschaft in Konkurs verfiel, waren von ihm Lieferungen in Höhe eines die 90 % der Aktienzeichnung übersteigenden Betrages bereits gemacht worden, aber es hatte eine Abrechnung zwischen der Gesellschaft und dem Beklagten nicht stattgefunden. Nach dem Statute waren auch die Einzahlungen auf die gezeichneten Aktien lediglich auf Grund der Ausschreibungen des Aufsichtsrates zu leisten und

die Ausschreibung der rückständigen 90% hatte erst einige Zeit vor der Konkurseröffnung stattgefunden. Der Konkursverwalter hat vom Beklagten die Zahlung der 90% ohne Rücksicht auf dessen Forderung für die Maschinenlieferungen, wegen deren er ihn auf den Anspruch als Konkursgläubiger verwies, verlangt. Beklagter machte dagegen geltend, Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft hätten sofort nach ihrer Bestellung ihm schon im Errichtungsstadium erklärt, daß er auf die gezeichneten 15 000 ℳ nur Maschinen zu liefern, aber nicht Geld zu zahlen habe, und hätten bald nach Errichtung der Gesellschaft nochmals einen dahingehenden Beschluß gefaßt und ihm mitgeteilt. Eventuell wendete er Aufrechnung infolge der gesetzlichen Bestimmungen über Kompensation ein. Er wurde, unter Verwerfung seiner Einwendungen, nach dem Antrage des Konkursverwalters verurteilt, und seine Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... 1. „Mit Recht sind diejenigen Vereinbarungen für unerheblich erklärt, welche während des Stadiums der Errichtung der Gesellschaft neben der bedingungslosen Zeichnung in bezug auf dieselbe mit den Gründern der Gesellschaft oder den bereits erwählten Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern getroffen sein sollten. Ihrer Wirksamkeit steht entgegen, daß die Aktiengesellschaft in bezug auf ihre Anrechte auf das Grundkapital mit keinen anderen Einschränkungen belastet zur Entstehung kommt, als sich aus dem zur Eintragung überreichten Statute und den zum Nachweise der Aufbringung des Grundkapitales geschaffenen Zeichnungen ergiebt. Sollten jene Vereinbarungen den Sinn haben, daß Beklagter in Wahrheit nicht mit einer Bareinlage sich beteiligen, vielmehr in Maschinen eine auf das Grundkapital anzurechnende Einlage machen sollte, so stand ihrer Wirksamkeit entgegen, daß nach Inhalt des Gesellschaftsstatutes in Verbindung mit den Zeichnungen eine solche Festsetzung eben nicht getroffen, vielmehr Beklagter ein mit 15 000 ℳ Bareinlage beteiligter Aktionär war, während entsprechend Art. 209b H.G.B. in der Fassung der Novelle vom 11. Juni 1870 eine solche Festsetzung die Aktiengesellschaft nicht verbindet, wenn sie nicht in dem eingetragenen Gesellschaftsvertrage Ausdruck gefunden hat. Sollten aber jene Vereinbarungen den Sinn haben, daß, ohne die Qualität des Beklagten als eines mit Bareinlage beteiligten Aktionärs anzutasten, die Aktiengesellschaft mit Beschränkungen in betreff ihres Rechtes auf

Erfüllung der Verpflichtung seitens des Beklagten zur Existenz kommen sollte, indem sie von demselben Maschinen für den gezeichneten Betrag sollte an Zahlungsstatt nehmen oder die Aufrechnung ihrer Forderung mit für den Beklagten aus Maschinenlieferungsgeschäften gegen sie entstehenden Forderungen gestatten müssen, so steht ihrer Wirksamkeit eben das allgemeine Prinzip entgegen, daß das Rechtsverhältnis der Aktiengesellschaft zum Aktienzeichner nur so entsteht, wie es aus den zum Nachweise der Aufbringung des entsprechenden Teiles des Grundkapitales geschaffenen Urkunden hervorgeht, hier also im Sinne eines lediglich an die im Statute festgesetzten Bedingungen für die Einforderung geknüpften, sonst aber gänzlich uneingeschränkten Rechtes auf Barzahlung, sobald die Bedürfnisse der Gesellschaft eine solche erforderten, während die daneben getroffenen, auf eine Abschwächung eines solchen Rechtes abzielenden Abmachungen der Gesellschaft gegenüber unwirksam sind.

2. Beklagter hat die fernere Behauptung aufgestellt, daß sowohl der Vorstand als der Aufsichtsrat der Gesellschaft bald nach Errichtung derselben — gemeint ist die Eintragung — beschlossen und dem Beklagten erklärt hätten, daß er weitere Einzahlungen auf die von ihm gezeichneten Aktien nicht zu machen, vielmehr statt dessen nur Maschinen zu liefern habe. Was nach dieser Behauptung die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates dem Beklagten erklärt haben sollen, ist einer verschiedenen rechtlichen Auffassung fähig. Es kann dahin verstanden werden, daß diese Organe diejenigen Zusagen, welche sie im Errichtungsstadium in bezug auf die Bedeutung seiner Zeichnung dem Beklagten deren urkundlichem Inhalte und dessen Wirkungen zuwider bereits gemacht hatten, nach der Eintragung der Aktiengesellschaft als wirksam anerkannt hätten. Dies wäre unerheblich. Der Beteiligung nachträglich einen Inhalt zu geben, den sie bei Entstehung der Gesellschaft nicht hatte, indem nunmehr aus einer Bareinlageverpflichtung eine Verpflichtung zu einer Sacheneinlage oder aus einer unbedingten, bloß an die statutarischen Ausschreibungserfordernisse geknüpften Bareinlageverpflichtung eine eingeschränkte, von einem anderen Rechtsverhältnisse des Beklagten zur Gesellschaft abhängige gemacht wurde, dazu konnte kein Anerkenntnis des Vertretungsorganes ausreichen. Vielmehr hätte es hierzu, wenn es überhaupt möglich gewesen wäre, was dahingestellt bleiben kann, einer Statutenänderung bedurft. Eine andere Auffassung aber ist dahin möglich, daß das Vertretungsorgan der Aktiengesellschaft lediglich

in betreff der Tilgung der an sich unverändert gelassenen Verbindlichkeit aus der Zeichnung eine Vereinbarung mit dem Beklagten getroffen hätte. Einer wirksamen Vereinbarung der Kompensation der Verbindlichkeit aus der Zeichnung mit bedingten, jedenfalls erst in Zukunft entstehenden oder fällig werdenden Forderungen des Aktienzeichners aus einem anderen Rechtsverhältnisse gegen die Gesellschaft, gleichviel ob schon sofort das Erlöschen der Forderungen für den Eintritt des zukünftigen Ereignisses festgesetzt oder dem Aktienzeichner nur das Recht zur Kompensation eingeräumt ist, stehen aber ebenso wie einer wirksamen Verpflichtung der Aktiengesellschaft, an Zahlungsstatt für den gezeichneten Betrag Sachen oder Forderungen gegen sie anzurechnen, die Grundsätze der Artt. 219—223 H.G.B. früherer Fassung entgegen.

Vgl. Art. 184 Code civil und Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 2 S. 41.

Der Aktiengesellschaft sollen, soweit nicht in Anrechnung auf das Grundkapital Wertseinlagen gemacht sind, für ihre Bedürfnisse in Höhe des Kapitales jederzeit die baren Mittel zur Verfügung stehen. Das gezeichnete Kapital bildet die Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger. Diese Eigenschaft jederzeitiger Disponibilität bei Bedürfnissen der Gesellschaft und die Wirksamkeit als Garantiefonds zu Gunsten aller Gläubiger würde aber die Einlage verlieren, wenn es zulässig wäre, durch Rechtshandlungen des Vertretungsorganes der Gesellschaft im Geschäftsbetriebe die Verbindlichkeit aus der Zeichnung von einem geschäftlichen Verhältnisse, in welchem der Zeichner sonst noch zur Gesellschaft steht oder in das er zu treten beabsichtigt, derartig abhängig zu machen, daß die Gesellschaft eben nicht zu der Zeit, zu welcher ihr die Einforderung der Aktienbeträge angemessen erscheint, den betreffenden Betrag erheben könnte, daß sie es dulden müßte, wenn, obwohl es des Einschusses wegen eingetretener Unzulänglichkeit der Mittel gerade im Interesse aller Gläubiger bedarf, sich der Zeichner aus demselben ausschließlich zur Befriedigung seiner Forderung deckte. Die Artt. 219—223 a. a. O. haben die Bedeutung, daß der Aktionär — worunter außer dem Zeichner jeder Erwerber des Aktienrechtes, der der Aktiengesellschaft gegenüber für den Betrag der Aktie verpflichtet worden, zu verstehen — der Verbindlichkeit zur Einzahlung des Aktienbetrages in anderer Weise, als es in den Artt. 221. 222. 223 vorgesehen, nicht entbunden werden kann, und unter der Einzahlung, von der er, abgesehen von den besonderen

Bestimmungen, nicht entbunden werden kann, ist nach der Bedeutung, welche das Grundkapital, soweit es in Barem bestehen soll, hat, die wirkliche bare Zahlung entsprechend den Bedürfnissen der Gesellschaft gemäß den statutarischen Vorschriften über die Zahlungseinforderung zu verstehen. Natürlich wird hierdurch die Wirksamkeit einer vertragsmäßigen Kompensation bei bereits eingetretener Fälligkeit beider Forderungen nicht in Frage gestellt. Wenn für den Aktionär gegen die Aktiengesellschaft eine fällige Forderung begründet ist, andererseits aber die Zahlung des Aktienbetrages bereits ausgeschrieben oder doch dem Aktionär das Recht, sie zu leisten, eingeräumt ist und er dies Recht ausüben zu wollen erklärt, so folgt aus den vorausgegangenen Ausführungen nicht, daß, soweit die Beträge beider Forderungen gleich hoch sind, durchaus eine Hin- und Herzahlung dieser Beträge stattfinden müsse und daß nicht in solchem Falle, sofern nicht der Aktionär entsprechend dem derzeitigen Stande der Verhältnisse der Gesellschaft weiß oder wissen muß, daß er sich hierdurch zum Nachteile der anderen Gesellschaftsgläubiger decke, und weiter vorbehaltlich eines Anfechtungsrechtes gemäß der Konkursordnung wirksam die Erledigung beider Verhältnisse als durch Kompensation vollzogen festgesetzt werden könnte. Davon ist aber hier nicht die Rede. Beklagter hat durchaus nicht behauptet, daß und in welcher Höhe bei oder nach der Lieferung von Maschinen eine Kompensation von ihm mit dem Vorstande der Aktiengesellschaft vollzogen worden wäre. Seine Behauptungen auch nur als Anhaltspunkt zu einer Befragung gemäß §. 130 C.P.O. in dieser Richtung aufzufassen, lag umsoweniger Anlaß vor, als mangels einer statutarischen Bestimmung, welche hier nicht getroffen ist, ihm als Aktionär nicht das Recht zustand, die Einzahlungen auf die Aktien, auch ohne daß die Gesellschaft sie bereits ausgeschrieben, jederzeit, wenn es ihm gutdünkte, zu leisten, er auch in der That bisher keine Aktien bekommen, vielmehr seine Forderungen nach Entstehung und Fälligkeit durchaus als fortexistierend behandelt hat, insbesondere für dieselben Sicherstellung seitens der Gläubigerin sich hat versprechen lassen.

3. Die geltend gemachte Aufrechnung kraft Gesetzes wegen Vorhandenseins einer Gegenforderung ist mit Recht unter Hinweis auf die Gründe des in Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. 6 S. 69 flg. abgedruckten Urteiles verworfen worden. Da der Einschuß des Aktionärs gerade dazu bestimmt ist, für die Befriedigung der Gläu-

biger der Gesellschaft, deren Sicherheit er bildet, zu dienen, so liegt eine Ungleichartigkeit zwischen diesem Forderungsrechte und einer Forderung, welche sonst dem Aktionär gegen die Aktiengesellschaft zustehen möchte, vor, vermöge deren das Kompensationsrecht ausgeschlossen ist. Ob dieser Ausschluß unbedingte Geltung hat oder ob, je nachdem im einzelnen Falle die Gesellschaft solvent oder insolvent ist, die Aufrechnung zulässig oder unzulässig sein kann, bedarf auch im vorliegenden Falle keiner Entscheidung, da eben die Aktiengesellschaft vor Geltendmachung des Kompensationsrechtes insolvent geworden ist. Ist dies das Ergebnis des früheren Rechtes, so bedarf es der Erörterung nicht, ob etwa, weil nach der ausdrücklichen Bestimmung der Artt. 219. 184 c in der Fassung des am 14. August 1884 in Kraft getretenen Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884 eine Aufrechnung gegen die Forderung auf den Aktienbetrag unbedingt ausgeschlossen ist, die Aufrechnung im vorliegenden Falle aber erst im Prozesse im September 1884 geltend gemacht worden ist, dieselbe auch bei Annahme der Zulässigkeit der Aufrechnung nach bisherigem Rechte durch die nunmehrige Geltung der neuen Bestimmung ausgeschlossen wäre."

---

2. Ist, wenn auf den Inhaber lautende Renten oder Schuldverschreibungen, welche von dem Aussteller zum Zwecke der Herabsetzung des Zinsfußes eingelöst und mit dem Vermerke über die Zinsherabsetzung versehen, demnächst vom Aussteller wieder begeben werden, aus Anlaß dieser Wiederbegebung die Steuer in Gemäßheit der Nr. III des Tarifes zum Reichsgesetze vom 1. Juli 1881 zu erheben?

II. Civilsenat. Urt. v. 22. Juni 1886 i. S. der Stadt D. (Kl.) w. den preuß. Steuerfiskus, vertr. durch den Provinzialsteuerdirektor zu K. (Bekl.) Rep. II. 568/85.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Stadt D., welche durch Order vom 17. Juni 1881 die Ermächtigung erhalten hatte, den Zinsfuß des nicht amortisierten Restes ihrer $4\frac{1}{2}$ prozentigen Anleihe von fünf Millionen Mark auf 4 Prozent

herabzusetzen, schloß am 19. Juli 1881 mit der Bank für Handel und Industrie zu B. einen Vertrag ab, zufolgedessen letztere sich verpflichtete, der Stadt die zur Einlösung der Anleihescheine, deren Beträge an die in die Zinsherabsetzung nicht einwilligenden Inhaber auszuzahlen sein würden, erforderlichen baren Mittel für den 1. November 1881 zur Verfügung zu stellen, wogegen dann die bis zum 1. Februar 1882 eingelösten Stücke mit den vierprozentigen Kouponbogen vom erstgenannten Tage ab in das Eigentum der Bank übergehen sollten.

Zu dem angegebenen Zwecke hat dann die Stadt D. nach Erlaß der entsprechenden öffentlichen Bekanntmachungen eingelöst und an die Bank abgeführt Obligationen im Nominalbetrage von 1 759 900 ℳ, ferner aus eigenen Mitteln eingelöst und gelegentlich weiter begeben Obligationen in Höhe von . . . . 4000 „

zusammen: 1 763 900 ℳ.

Von dieser Summe hat der Stempelfiskal, der die stattgehabte Operation als eine Tilgung und Neuausgabe von Schuldverschreibungen im Sinne des §. 3 des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881 auffaßte, den Steuersatz von eins pro Mille, das heißt den Betrag von 1763,90 ℳ gefordert. Von der Stadt D., welche die Stempelpflicht bestreitet, ist, nachdem sie den Verwaltungsweg ohne Erfolg beschritten, der verlangte Betrag im Februar 1884 gezahlt, und dieselbe hat im Mai 1884, darauf gestützt, daß hier nicht eine Neuausgabe von Schuldverschreibungen vorliege, vielmehr nur dieselben Stücke an andere Gläubiger, namentlich die genannte Bank, weitergegeben worden, Klage auf Zurückerstattung des gezahlten Betrages nebst fünfprozentigen Zinsen seit dem Tage der Klagebehändigung erhoben.

Die angestellte, vom ersten Richter abgewiesene Klage hat das Oberlandesgericht für begründet erachtet, und die gegen dessen Entscheidung eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Der Ausgangspunkt des Oberlandesgerichtes, die Annahme, daß die Nr. III des Tarifes zum Reichsstempelgesetze vom 1. Juli 1881 nur die Emittierung, das heißt die Ausstellung und erste Ausgabe der dort genannten Wertpapiere, besteuern wolle, ist von der Revision nicht bestritten worden.

Es handelt sich also lediglich um die Prüfung der Frage, ob im gegenwärtigen Falle eine Neuausgabe der fraglichen Schuldverschrei-

bungen im Sinne der Nr. III des genannten Tarifes vorliegt, und diese Frage ist vom Oberlandesgerichte auf Grund seiner thatsächlichen Annahme ohne Rechtsirrtum verneint worden.

Wie unbestritten ist die Einlösung der Schuldverschreibungen der klägerischen Anleihe, von der es sich handelt, nicht in der Absicht geschehen, um dieselben einzuziehen und aus dem Verkehre herauszunehmen, sondern lediglich zu dem Zwecke, um die Konvertierung der Anleihe aus einer vierundeinhalbprozentigen in eine vierprozentige durchzuführen. Zu diesem Zwecke sind die Schuldverschreibungen der Inhaber, welche in die Herabsetzung des Zinsfußes nicht einwilligen wollten, von der Klägerin, und zwar zum bei weitem größten Teile, mit Geldern, welche ihr von der obenerwähnten Bank zufolge Vertrages vom 19. Juli 1881 zur Verfügung gestellt waren, zum ganz geringen Betrage auch mit eigenen Mitteln eingelöst und sodann die eingelösten Stücke — abgesehen von einigen wenigen, welche in die Hände Dritter gelangten — der genannten Bank, welche auf dieselben einen vertraglichen Anspruch hatte, überliefert worden.

Wenn nun zur Begründung der Revision geltend gemacht wird, daß es sich hier um Schuldverschreibungen handele, welche gekündigt und durch Zahlung eingelöst seien, damit aber, wie der Verpflichtungswille der Klägerin, so auch das Obligationsverhältnis aus denselben sein Ende erreicht habe, daß daher durch die Weiterbegebung jener Stücke in der That ein neues Schuldverhältnis begründet sei und deshalb die Anwendung der Nr. III des bezogenen Tarifes sich rechtfertige, so kann dem nicht beigepflichtet werden.

Es handelt sich hier nämlich um Schuldverschreibungen, die auf den Inhaber gestellt sind. Während es nun bei Obligationsverhältnissen die Regel ist, daß zwischen bestimmten Personen ein dauerndes rechtliches Band besteht, und der Übergang der Forderung besondere obligatorische Akte, z. B. Cession, Delegation ꝛc, voraussetzt, haben die Inhaberpapiere, in welchen der Aussteller nicht einem bestimmten Gläubiger, sondern jedem Inhaber oder Vorzeiger desselben eine Leistung verspricht, wie in Rechtslehre und Judikatur anerkannt wird, den juristischen Charakter, daß das Papier die Obligation gleichsam verkörpert enthält, daher die Gläubigerschaft an dessen Besitz sich knüpft und mit der Tradition derselben übergeht. Aus diesem Wesen des Inhaberpapieres folgt aber, daß dasselbe nicht schon dadurch, daß es von dem Aussteller

aus irgend einem rechtlichen Grunde zurückerworben wird, seine Kraft, den Besitzer zum Gläubiger zu machen, verliert, wie nach civilrechtlichen Grundsätzen ein Obligationsverhältnis durch Konfusion erlischt. Allerdings muß solange, als das Papier in den Händen des Ausstellers sich befindet, weil nun kein Gläubiger vorhanden ist, das Obligationsverhältnis ruhen; wenn dann aber der Aussteller, dessen Verpflichtungswille fortdauert, das Papier wieder weiterbegiebt, so setzt sich, wie das Oberlandesgericht zutreffend annimmt, mit letzterem das dadurch begründete ursprüngliche Schuldverhältnis des Ausstellers fort, wie wenn die Zwischenperiode niemals eingetreten wäre.

Vgl. Gerber, Deutsches Privatrecht 15. Aufl. S. 298 und Note 3; Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 3 S. 210; Ihering, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 10 S. 454; Förster-Eccius, Bd. 1 S. 703.

Dieser letztere Fall liegt nun nach dem, was thatsächlich feststeht, hier vor. Wie das Oberlandesgericht hervorhebt, sind die fraglichen Schuldverschreibungen von der Klägerin in der Absicht eingelöst, daß dieselben im Handelsverkehre, in welchen sie durch die ursprüngliche Ausgabe eingeführt waren, verbleiben sollten, und dasselbe stellt ferner fest, namentlich auch aus dem vorerwähnten Vertrage, nach welchem die mit dem Gelde der Bank eingelösten Stücke in deren Eigentum übergehen sollten, daß der Wille der Klägerin, aus diesen letzteren verpflichtet zu sein, niemals aufgehört hat. Hiernach konnte jene Einlösung nur die Wirkung haben, daß die Inhaber als Gläubiger aus dem Obligationsverhältnisse ausschieden, während die Schuldverschreibungen selbst ihre Kraft behielten. Wenn daher auf der festgestellten thatsächlichen Grundlage das Oberlandesgericht angenommen hat, daß durch die Weiterbegebung der eingelösten Verschreibungen ein neues Schuldverhältnis nicht entstanden sei und deshalb eine Emission derselben im Sinne der Nr. III des mehrgenannten Tarifes nicht vorliege, so ist damit rechtlich nicht verstoßen worden.

Daß endlich für die Annahme eines neuen Schuldverhältnisses der Umstand der Herabsetzung des Zinsfußes von Bedeutung sei, ist beklagtischerseits nicht geltend gemacht und würde auch nach den in der Lehre von der Novation geltenden Grundsätzen nicht anzuerkennen sein."

3. Acceptationsfrist bei durch Mittelspersonen verhandelten Verträgen.

I. Civilsenat. Urt. v. 30. Juni 1886 i. S. S. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 187/86.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Man kann im einzelnen Falle darüber verschiedener Ansicht sein, ob ein Vertrag, welcher durch Mittelspersonen verhandelt wird, die nicht allgemein zum Abschlusse bevollmächtigt sind, sondern für jeden einzelnen Abschluß und dessen Modalitäten die Billigung ihres Auftraggebers einzuholen haben, als unter Gegenwärtigen oder unter Abwesenden verhandelt zu qualifizieren ist. Regelmäßig wird aber in solchen Fällen bei der ersten Auffassung die Annahme der Gewährung einer Acceptationsfrist geboten erscheinen, und, wenn man von der zweiten Auffassung ausgeht, wird bei der Berechnung der Dauer der gesetzlich bestimmten Acceptationsfrist der Umstand, daß Mittelspersonen zugezogen sind, mit zu berücksichtigen sein." ...

---

4. 1. Kann durch die Herstellung eines Titelblattes mittels Abdruckes des echten Titelblattes unter Veränderungen, um Exemplare eines Schriftwerkes mit demselben zu versehen, unter Umständen ein Nachdruck im Sinne des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 begangen werden?

2. Steht dem Urheber, bezw. Verleger eines Schriftwerkes ein Rechtsschutz dagegen zu, daß Exemplare des Werkes von Dritten mit einem veränderten Titelblatte unter dem Anscheine, daß es das echte sei, zum Vertriebe gestellt werden?

I. Civilsenat. Urt. v. 10. Juli 1886 i. S. Züricher Liederbuchanstalt (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. I. 202/86.

I. Landgericht Leipzig.
II. Oberlandesgericht Dresden.

Die Züricher Liederbuchanstalt giebt als Rechtsnachfolgerin der Musikkommission der Zürcherischen Schulsynode in Zürich im Selbstverlage Sammlungen von Volksgesängen für den gemischten Chor und für Männerchor heraus. Die Titelblätter bezeichnen die einzelne Sammlung mit einem ihrer Bestimmung entsprechenden Titel, mit dem Namen der Herausgeberin unter dem Zusatze: „vormals Musikkommission der Zürcherischen Schulsynode unter Redaktion von J. H.", mit der Jahreszahl der Ausgabe und der Angabe, die wievielte stereotypierte Ausgabe es sei, sowie mit dem Namen und Wohnort des Druckers. Sie enthalten aber auch außerdem, im Einklange mit dem von der Herausgeberin mit dem Musikalienhändler P. P. in L. abgeschlossenen Vertrage, durch welchen diesem der ausschließliche Vertrieb dieser Verlagswerke für Deutschland und Österreich-Ungarn zu bestimmten Preisen übertragen worden war, neben der Bezeichnung der Auslieferungsstelle in der Schweiz den Vermerk: „Hauptdepot für Deutschland und Österreich bei P. P., Musikalienhandlung in L.", und auf der sonst nicht bedruckten Innenseite die Angabe des Preises, teils bloß bei der Schweizer Auslieferungsstelle, teils aber auch bei der für Deutschland bestimmten.

Der Beklagte, der in L. eine Verlags- und Großsortimentsbuchhandlung betreibt, hat von einem Schweizer Buchhändler eine größere Anzahl von Exemplaren dieser Verlagswerke bezogen und vertreibt dieselben mit anderen Titelblättern, die er durch Druck herstellen läßt und an Stelle der ursprünglichen setzt. Dieselben geben den Inhalt der ursprünglichen Titelblätter mit Abweichungen wieder. Letztere bestehen darin, daß an Stelle der Musikalienhandlung von P. die Firma des Beklagten als Auslieferungsstelle für Deutschland bezeichnet, nur ein Preis für Deutschland, und zwar ein von dem auf den ursprünglichen Titelblättern bezeichneten abweichender, auf der Vorderseite angegeben, bei einer größeren Anzahl von Exemplaren der Sammlung von Volksgesängen für Männerchor, die zur Zeit erst in 57ter Stereotypausgabe erschienen war, diese als die 58te bezeichnet ist, auch die Titelblätter auf den Innenseiten mit Ankündigungen von Musikalien, darunter Liedersammlungen aus dem Verlage des Beklagten, bedruckt sind. Der die Person der Herausgeberin betreffende Vermerk ist in „herausgegeben von der Musikkommission der Zürcherischen Schulsynode" verkürzt und die Jahreszahl der Ausgabe wie Name und Wohnort des Druckers weggelassen.

In diesem Verhalten des Beklagten fand die Züricher Liederbuchanstalt einen unerlaubten Nachdruck, jedenfalls aber eine rechtswidrige Handlung, da der Herausgeber eines Werkes ein Recht darauf habe, daß das herausgegebene Werk als Gegenstand des buchhändlerischen Verkehres in seiner ursprünglichen Gestalt bliebe. Sie führt daher Klage gegen denselben auf Anerkennung, daß er nicht berechtigt sei, die von ihr verlegten Liederbücher mit willkürlichen Abänderungen irgend welcher Art zu vertreiben, sowie darauf, die von ihm eigenmächtig bewirkten Änderungen zu beseitigen und jeden Vertrieb eigenmächtig veränderter Bücher dieser Art zu unterlassen. Beide Instanzgerichte erachteten einen Nachdruck im Sinne des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 nicht für vorliegend, leugneten auch die Existenz eines Rechtsanspruches des Autors bezw. Verlegers darauf, daß die Exemplare des Werkes mit unverändertem Titelblatte vertrieben würden. Das Gericht erster Instanz prüfte die Titelblattänderungen in der Richtung, ob durch dieselben falsche Thatsachen in der Absicht einer Schadenszufügung zur Aufstellung gelangt seien, weil insoweit allerdings eine rechtswidrige Handlung vorliegen würde, und fand solche Aufstellungen allerdings in der Bezeichnung der Firma des Beklagten als Auslieferungsstelle für Deutschland, der Angabe unrichtiger Preise für Deutschland und der Bezeichnung der Ausgabe der einen Sammlung als der 58ten. Es erkannte deshalb, daß dem Beklagten unter Androhung einer Geldstrafe für jeden einzelnen Zuwiderhandlungsfall die Veräußerung der klägerischen Verlagswerke mit Titelblättern, welche jene Abweichungen enthielten, zu untersagen. Das Berufungsgericht wies die Klage gänzlich ab. Es erachtete auch die von der ersten Instanz angestellte Untersuchung für unerheblich, weil es bei rechtswidrigen Handlungen außerhalb eines Vertrages nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen keinen Anspruch auf Unterlassung, sondern nur einen solchen auf Schadensersatz gebe, eine Eigentumsstörung, bei welcher ein Rechtsanspruch auf Unterlassung bestehe, nicht vorliege, die Nichtberechtigung zur Verübung eines Deliktes auch nicht Gegenstand eines Feststellungsanspruches sein könne. Das Reichsgericht hob das Berufungsurteil auf und wies die Sache in die Berufungsinstanz zurück.

Aus den Gründen:

„1. Der Auffassung der Instanzgerichte, es liege kein Nachdruck

vor, weil ein solcher durch den bloßen Abdruck des Titelblattes nicht begangen werden könne, war in dieser Allgemeinheit nicht beizutreten. Von dem Falle, daß der Titel eines Schriftwerkes für ein anderes Schriftwerk benutzt wird, ist der ganz anders geartete Fall zu unterscheiden, daß für Exemplare eines und desselben Werkes das denselben fehlende Titelblatt seitens des Inhabers der Exemplare, dem kein Verlagsrecht an dem Werke zur Seite steht, durch Druck hergestellt und den Exemplaren angefügt wird. Nur auf den ersteren Fall bezog sich die Nr. 9 des §. 6 des Entwurfes zum Reichsgesetze betreffend das Urheberrecht, wonach als verbotener Nachdruck „die unveränderte Benutzung des Titels eines Schriftwerkes für eine spätere Druckschrift" nicht anzusehen sein sollte, welche Bestimmung von der Reichstagskommission als selbstverständlich gestrichen wurde.[1] Ob diese Entstehungsgeschichte es rechtfertigen könnte, bei dem Titel jede Erörterung im einzelnen Falle, ob er nicht ein litterarisches Geistesprodukt enthält, auszuschließen, weil ihm der Schutz gegen Nachdruck schlechthin zu versagen wäre, kann hier dahingestellt bleiben. Erfolgt die Vervielfältigung eines Teiles eines Schriftwerkes dazu, um in Verbindung mit anderen Teilen desselben, von denen der Vervielfältiger Exemplare besitzt, ohne das Verlagsrecht zu haben, vertriebsfähige Ganzexemplare zu erlangen, so kann es nicht darauf ankommen, ob der betreffende Teil des Schriftwerkes, für sich allein betrachtet, Gegenstand eines geschützten Autorrechtes wäre. Durch Nachdruck des fehlenden Teiles, ohne dessen Vorhandensein und Einfügung an der entsprechenden Stelle, die vorhandenen Teile eben nur Stücke bedrucktes Papier, aber keine vertriebs- und konkurrenzfähigen Exemplare sind, entsteht ein sich auf das ganze Schriftwerk erstreckender Nachdruck. Für das Wesen desselben ist es gleichgültig, daß der Nachdrucker Stücke des Werkes, die ohne Verletzung des Autorrechtes gedruckt worden, schon in Händen hat, sodaß es keines neuen Druckes des Ganzen bedarf, sofern nur durch neuen widerrechtlichen Druck erst etwas hergestellt werden muß, dessen es für die Fertigstellung des Ganzen bedarf. Von einem nur teilweisen Nachdrucke kann man hier nur insofern sprechen, als man nicht den Umfang der Verletzung des Autorrechtes, sondern den Umfang der Herstellungsthätigkeit vor Augen hat. Gesetzt also, es hätte jemand unter Maku-

[1] Vgl. Nordd. Reichstagsverh. 1870. Druckf. Nr. 7 und Nr. 38 S. 539. D. E.

laturbeständen inhaltlich unvollständige Exemplare eines Schriftwerkes erworben, das inhaltlich Fehlende bestünde aber aus Gesetzen oder öffentlichen Aktenstücken oder Verhandlungen, so würde sich derjenige, der diese fehlenden Teile durch Druck herstellt und zum Zwecke des Vertriebes den Exemplarbeständen anfügt, nicht darauf berufen können, daß das Hinzugefügte, für sich betrachtet und bei Aufnahme in ein anderes Werk, nach §. 7 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 keinen Schutz gegen Nachdruck genießt. Was von fehlenden Inhaltsteilen gilt, muß aber ebenso vom fehlenden Titelblatte gelten. Wenn ein Verleger Rückstände einer Auflage, die er nur als Makulatur erachtet, verkauft und, um sicher zu gehen, daß ihm aus solchem Verkaufe keine Konkurrenz erwächst, das Titelblatt abschneidet, oder wenn der Autor oder Verleger an eine Person nur die Aushängebogen des Schriftwerkes giebt, so begeht der Empfänger einen Nachdruck, wenn er zum Zwecke der Herstellung vertriebsfähiger Exemplare und ihres Vertriebes sich das Titelblatt dazu drucken läßt. Der Thatbestand des Nachdruckes eines Schriftwerkes kann daher auch durch ungenehmigte, mechanische Vervielfältigung seines Titelblattes, mag auch dieses selbst kein litterarisches Geisteserzeugnis sein, verwirklicht werden, sofern diese Vervielfältigung die Wirkung einer Beeinträchtigung des Urheberrechtes an dem Schriftwerke — dieses Urheberrecht als Recht seiner ausschließlichen Ausbeutung durch den Autor oder seine Rechtsnachfolger verstanden — hat. Nun handelt es sich im vorliegenden Falle um Exemplare, die der Beklagte sämtlich mit Titelblatt, also in vertriebsfähigem Zustande, zum Zwecke des Vertriebes erworben hatte und von denen er die Titelblätter abgelöst, dieselben aber durch Wiederdruck desselben Titelblattes mit einigen Abänderungen ersetzt hat. Es würde zuweit gehen, hierin schlechthin einen unerlaubten Nachdruck zu finden, indem man die erforderliche Verletzung des Autorrechtes damit begründete, daß durch die geschehene Ablösung der Titelblätter, die beim Mangel eines Verlagsrechtes der Beklagte durch Druck wiederherzustellen nicht befugt gewesen sei, der für den Autor oder Verleger vorteilhafte Zustand, daß von ihnen bereits abgesetzte Exemplare konkurrenzunfähig geworden, eingetreten wäre, den der Beklagte wieder beseitigt habe. Auf die Erlangung eines Vorteiles aus solchen Vorgängen ist es seitens des Autors oder Verlegers bei dem Vertriebsgeschäfte nicht abgesehen. Vielmehr kommt es darauf an, ob durch den neuen Druck mit Abänderungen

wegen der eigentümlichen Wirkung der letzteren eine Beeinträchtigung des klägerischen Autorrechtes bewirkt worden ist. Dies ist nicht der Fall, insoweit man diejenigen Abänderungen in Betracht zieht, welche in der nicht richtigen Wiedergabe des Namens des Herausgebers, der Weglassung der Jahreszahl der Ausgabe wie des Namens des Druckers, in der Abänderung der Auslieferungsstelle, in der Weglassung der Preise in Zürich und im Depot in Leipzig, sowie der Substitution höherer Preise und im Versehen der neuen Titelblätter auf der Innenseite mit Anzeigen anderer im Verlage des Beklagten erscheinenden Liedersammlungen bestehen. Denn auch wenn man annehmen wollte, daß durch die beiden letzten Veränderungen der Absatz des Werkes für Klägerin geschädigt werden konnte, so liegt in der Schädigung des Vertriebes des Urhebers oder Verlegers noch nicht die dem Nachdrucke eigentümliche Verletzung des Urheberrechtes. Letztere setzt vielmehr voraus, daß Vervielfältigungen des Nachdruckers dem Berechtigten in bezug auf seine Vervielfältigungen Konkurrenz machen. Nicht ohne weiteres läßt sich aber die Annahme des Nachdruckes abweisen, soweit es sich um diejenigen Titelblätter handelt, die der Beklagte für Exemplare der 57. Ausgabe der Sammlung der Volksgesänge für Männerchor mit der veränderten Bezeichnung: „Achtundfünfzigste Stereotyp-Ausgabe" hat drucken lassen, und zwar eben mit Rücksicht auf diese Bezeichnung. Beim Versehen der Exemplare mit einem neuen Titelblattabdrucke, welcher die Auflage oder Ausgabe gegenüber der wirklich zur Zeit erschienenen, zu der die Exemplare gehören, als eine nächste kennzeichnet, seitens eines für solche Auflage oder Ausgabe zum Verlage Nichtberechtigten wird in der That in der Regel ein Eingriff in das gegen Nachdruck geschützte Urheberrecht vorliegen, indem der Vertrieb der Exemplare als nächste Auflage oder Ausgabe die Ausbeute des Geisteserzeugnisses seitens des Autors oder Verlegers in bezug auf solche nächste Auflage oder Ausgabe beeinträchtigt.[1] Daß diese Wirkung aber nicht in dem Wiederdrucke des Titelblattes, sondern gerade in der Änderung beruhe, erscheint nicht als stichhaltiger Grund für die Verneinung des Nachdruckes. Nicht bloß die Änderung, sondern gerade auch die sonstige Übereinstimmung ist im betreffenden Falle von Belang.

[1] Vgl. das Urteil des ehemal. Appellationsgerichtes in dem im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle Jahrgang 1858 S. 465 flg. abgedruckten Rechtsfalle. Anm. d. E.

Die Änderung war nur dann wirkungsvoll, wenn das Titelblatt im übrigen wesentlich unverändert wiedergegeben wurde. Anderenfalles hätte sich die neue Ausgabenbezeichnung gar nicht auf die klägerische Sammlung beziehen lassen. Zur Änderung bedurfte es aber eines Abdruckes des Titelblattes und, wenn der Mangel eines Rechtes hierzu seitens des Beklagten auch nachzusehen war, falls durch den Wiederdruck keine Beeinträchtigung des Urheberrechtes erfolgte, so liegt es, wie bereits ausgeführt, für den Fall solcher Beeinträchtigung eben anders. Nun bezeichnen allerdings sowohl die echten wie die vom Beklagten gedruckten Titelblätter die Ausgaben als „stereotypierte", und, weil im Falle des Abdruckes von einer Stereotypplatte eine Änderung des Inhaltes oder der Form ausgeschlossen, behauptet Beklagter, die Zahl der Ausgabe sei für das kaufende Publikum durchaus gleichgültig gewesen, und es habe daher der Vertrieb der 58. Ausgabe der Klägerin durch die Bezeichnung von Exemplaren der 57. Ausgabe als Exemplare der 58. Ausgabe keine Beeinträchtigung erfahren können. Obwohl dieser Annahme der Umstand entgegenzustehen scheint, daß eben doch Klägerin die fortgesetzten Abzüge mit neuen Ausgabeziffern zu versehen für zweckmäßig erachtet hat, so ist doch seitens des Revisionsgerichtes Anstand genommen worden, hierüber zu entscheiden, weil dabei thatsächliche Verhältnisse, insbesondere die Art des kaufenden Publikums und seine Kenntnis von der Bedeutung einer stereotypierten Ausgabe, in Betracht kommen, von deren Würdigung es abhängt, ob wegen jener Bezeichnung der Ausgaben als stereotypierter in der That den angegebenen Altersunterschieden in den Ausgaben für den Verkehr jede Bedeutung zu versagen ist. Bemerkt soll nur noch werden, daß, auch wenn es richtig sein sollte, daß, wie Beklagter behauptet, die Bezeichnung der fraglichen Titelblätter als 58. Ausgabe nur durch Versehen der Druckerei erfolgt sei, hierdurch jene Erörterung nicht müßig werden würde, da nach §. 21 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 auch bei nichtverschuldetem Nachdrucke die Einziehung der Nachdruckexemplare erfolgen soll, und daher der Klägerin auch bei solchem Nachdrucke das Recht zustehen muß, die Nichtberechtigung des Beklagten zum Vertriebe der Exemplare mit solchen Titelblättern durch Urteil feststellen zu lassen, zumal Beklagter seine erstinstanzliche Behauptung, er prätendiere das Recht, die Exemplare mit seinen Titelblättern zu vertreiben, später nicht eingeschränkt hat.

2. Klägerin hat ihre Klaganträge auch, soweit kein Nachdruck anzunehmen sei, für begründet erachtet, weil in der Veränderung des Titelblattes jedenfalls eine Rechtsverletzung liege, da kein Dritter das Werk unter Veränderung seines Inhaltes vertreiben dürfe. Dies haben beide Instanzrichter geleugnet. . . . Die Revision ist auch hier begründet, weil es für die Verneinung der klägerischen Aufstellung an der Darlegung der Gründe fehlt. Das Berufungsgericht sagt hierüber nichts weiter, als daß die betreffende Aufstellung unrichtig sei und für dieselbe jede rechtliche Unterlage fehle. Obwohl die Entscheidung nach dem nichtrevisiblen sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche zu treffen war, so war das Berufungsgericht doch nicht davon entbunden, für dieselbe seine Gründe in solcher Vollständigkeit darzulegen, daß sich erkennen ließ, ob die maßgebenden Gesichtspunkte wirklich aufgefunden und gewürdigt worden seien. Von den beachtenswertesten Seiten wird der Standpunkt, den das Berufungsgericht ohne weiteres verwirft, als der zutreffende vertreten. In dem Aufsatze von Gerber, Über die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers, in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 3 S. 395 heißt es:

„Sodann fragt es sich, ob ein Buchhändler, welcher Vorräte von Exemplaren in Massen kauft, hierdurch ohne weiteres berechtigt werde, dieselben mit einem neuen Titel, etwa unter Aufführung seiner Verlagsfirma, buchhändlerisch zu versenden. Diese Frage muß entschieden verneint werden. In einer solchen Form des Vertriebes würde die Anmaßung eigenen Verlagsrechtes liegen, das der kaufende Buchhändler nicht erworben hat; er hat zwar sehr viele Exemplare, aber diese nur als einzelne Produkte eines fremden Verlagsrechtes erhalten. Als Nachdruck würde freilich ein solches Verfahren nicht anzusehen sein, da die zu dem Begriffe desselben erforderliche eigene mechanische Vervielfältigung fehlt."

In Kohler, Das Autorrecht S. 152 heißt es:

„Es ist ein unveräußerliches Individualrecht des Autors, zu bestimmen, ob eine Gedankenäußerung aus dem Geheimnisse seines Innenlebens hervortreten soll oder nicht. Dem entspricht dann auch sein weiteres Recht zu verlangen, daß niemand sein Werk ohne seinen Willen anders, als er es geschaffen, namentlich nicht mit Entstellungen, Änderungen, Zusätzen, Auslassungen publizieren darf; er kann dies

verlangen, wenn er auch auf das Autorrecht verzichtet hat oder dessen verlustig gegangen ist."

Eine gleiche Auffassung durchzieht die Abhandlung von Ihering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 23 S. 155 flg., vgl. insbesondere S. 311 flg.

Aus den Gründen des Berufungsurteiles ist nicht erkennbar, ob das Bedürfnis eines solchen Schutzes des Autors geleugnet werden soll, oder ob dem anzuwendenden Gesetze nicht die entsprechende Elastizität und Fortentwickelungsfähigkeit zugeschrieben wird, um für dieses Bedürfnis den geeigneten Behelf zu gewähren. Um über letzteres entscheiden zu können, wäre es natürlich erforderlich gewesen, für den Anspruch des Autors den maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkt zu gewinnen. Das Gericht erster Instanz hat anscheinend solchen Schutz gerade dem Verkehrsbedürfnisse und der Natur der Sache zuwiderlaufend angesehen; denn es will die Berechtigung des Autors damit widerlegen, daß die Konsequenz eines solchen Rechtes sein würde, daß alsdann kein Sortimentsbuchhändler mehr unsittliche Stellen eines Schriftwerkes beseitigen, Druckfehler in angehängten Verzeichnissen berichtigen, alte Illustrationen durch neue ersetzen könnte. Worauf es beruhen soll, daß dies ein Sortimentsbuchhändler müsse thun können, und aus welchen Verkehrskreisen solche Auffassung geschöpft sein soll, ist nicht angegeben.

Bei dieser Annahme bleibt unberücksichtigt, daß es schwerlich einem Dritten zustehen kann, das Werk in der veränderten Gestalt als vom Autor herrührend erscheinen zu lassen, auch wenn dabei eine Vermögensbeschädigung, sei es des Autors oder des abnehmenden Publikums, nicht beabsichtigt ist, da sich das Interesse des Autors schlechterdings nicht in einem bloßen Vermögensgenusse erschöpft, das ideelle Interesse, sich eben nur so, wie er es beschlossen, kundzugeben, vielmehr durchaus im Vordergrunde steht. Durch Weglassungen, Hinzufügungen, Umstellungen wird der Autor für die betreffenden Exemplare gerade um den individuellen Charakter seiner Geistesarbeit, auf dessen Geltung und Wirkung sowohl in bezug auf das Ganze wie auf Einzelheiten er ein natürliches Recht hat, gebracht werden. Soll dies eine unvermeidliche Folge des Eigentums an den Exemplarkörpern sein, so würde damit das Geisteserzeugnis im Falle der Herausgabe zu einer lediglich aus bedrucktem Papiere bestehenden Ware werden. Im Wesen der Überlassung der

Exemplare an den Sortimentsbuchhändler dürfte es schwerlich begründet sein, daß letzterer das Werk nach seinem Urteile oder Geschmacke, nach seinen Ansichten über Sittlichkeit oder Rechtschreibung abändern könnte. Auch die Art der beigegebenen Illustrationen wird für den Charakter und Eindruck des Schriftwerkes durchaus erheblich sein. Daß, sobald ein Exemplar in Privatbesitz übergegangen, der Besitzer nicht verhindert ist, dasselbe, obwohl er es mit Randglossen versehen, zu veräußern, soll freilich nicht geleugnet werden. Allein hierbei tritt gerade die Hinzufügung von dritter Hand hervor. Das Exemplar kennzeichnet sich als ein gebrauchtes, und der Vertrieb kann nur noch ein antiquarischer sein.

Handelte es sich um eine Beurteilung nach gemeinem Rechte, so würde diesseits kein Bedenken getragen werden, in Anerkennung des ausschließlichen Bestimmungsrechtes des Autors darüber, in welcher inhaltlichen Gestaltung sein Geisteserzeugnis als das seinige dem Publikum überliefert werden soll, die gegebene Gestalt für alle geschaffenen Exemplare, insoweit sie als Exemplare seines Werkes vertrieben werden sollen, der ausschließlichen Verfügungsgewalt des Autors oder seiner Rechtsnachfolger, also in deren Eigentum stehend, zu erachten, sodaß ein Eingriff in dieses Recht mit der Negatorienklage verfolgt werden kann. Der Begriff des privatrechtlichen Eigentums ist in der Praxis wiederholt auf unkörperliche Ergebnisse einer individuellen Bethätigung angewendet worden, auch wenn ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen zu ihrem Schutze nicht gegeben sind, zum Beispiel auf die Rechte zur Führung eines bestimmten Namens, des Wappens und Siegels eines bestimmten Geschlechtes.

Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 6 S. 6, Bd. 17 S. 3, Bd. 19 S. 114, Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 2 S. 147.

Die Auseinanderhaltung zwischen dem Eigentume an dem Exemplarkörper und dem Eigentume an dem in demselben enthaltenen Inhalte findet sich auch bei der Beurteilung der Wirkung der Absendung von Briefen.

Vgl. Ihering, a. a. O. S. 317.

Es läge aber auch kein Grund vor, in das Bereich der den Eigentumsschutz genießenden Gestaltung des Schriftwerkes nicht auch über die Ergebnisse der reinen litterarischen Produktion hinaus die dem Schriftwerke als Titelblatt einverleibte, in bezug auf für seinen Betrieb

erhebliche Thatsachen vom Verleger mit Willen des Autors festgesetzte Kundgebung einzubeziehen. Dem Sortimentsbuchhändler kann kein Recht zugestanden werden, diese Kundgebung zu ändern. Was er in betreff des Vertriebes seinem Publikum zu sagen für angemessen erachtet, dies mag er mittels eines besonderen Ankündigungszettels den unverändert gelassenen Exemplaren beifügen.

Die Entscheidung des Berufungsgerichtes mußte hiernach in vollem Umfange aufgehoben werden. Eine Sachentscheidung konnte diesseits auch in betreff des Gesichtspunktes zu 2. nicht getroffen werden, da, sofern nicht eine unvollständige Begründung des Berufungsurteiles angenommen wurde, dasselbe wegen der auf Grund des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches getroffenen Entscheidung unanfechtbar gewesen wäre. Aus jenem Aufhebungsgrunde aber folgt, daß es einer neuen Entscheidung des Berufungsgerichtes bedarf."

---

5. Liegt dem Einkaufskommissär, der den Auftrag durch Einkauf von Dritten ausgeführt haben will, über den Nachweis des Abschlusses eines der Ausführungsanzeige entsprechenden Geschäftes hinaus auch noch der besondere Beweis, daß dieser Abschluß in Beziehung auf den erteilten Auftrag erfolgt sei, insbesondere durch Vorlegung seiner Handelsbücher, ob?

I. Civilsenat. Urt. v. 18. September 1886 i. S. D. & J. (Bekl.) w. Ch. (Kl.) Rep. I. 206/86.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagten hatten dem Kläger zwei Aufträge zum Einkaufe von je 100 Ballen Baumwolle auf dem Markte zu Liverpool per September/Oktober 1884 erteilt. Kläger zeigte ihnen die Ausführung der Aufträge als am 11. Juli und 8. August 1884 zu bestimmten Preisen geschehen an, und er hat später, da sie die Ware nicht abnahmen, von ihnen die Differenz zwischen diesen Preisen und den geringeren des von ihm wegen Abnahmeweigerung bewirkten Wiederverkaufes klagend beansprucht. Beklagte bestritten, daß Kläger die Aufträge,

wie er behauptete, durch Ankauf der Waren von Dritten ausgeführt habe. Der Kläger legte zum Beweise die Ankaufscertifikate einer Liverpooler Maklerfirma vor, welche bezeugten, daß diese Firma an den gedachten Tagen für Kläger je 100 Ballen Baumwolle zur Abnahme per September/Oktober 1884 zu den angegebenen Preisen gekauft habe. Die Beklagten erachteten diese Beweisführung nicht für genügend, weil Kläger diese Einkäufe auch für andere Kommittenten oder für sich selbst bewirkt haben könnte, es aber darauf ankomme, daß die Einkäufe für sie, die Beklagten, erfolgt seien. Sie bestritten, daß Kläger für diese Einkäufe sie in seinen Handelsbüchern belastet habe, verlangten, daß Kläger zum Beweise hierfür die Handelsbücher vorlege, und beriefen sich selbst auf diese Handelsbücher zum Beweise, daß die fraglichen Einkäufe nicht für sie gemacht worden seien.

Aus den Gründen:

... „Das Berufungsgericht hat den dem Kläger obliegenden Beweis schon durch Überreichung der Certifikate der Maklerfirma für geführt erachtet, indem es erwägt, daß weder aus Art. 361 H.G.B. noch aus der Natur des Rechtsverhältnisses eine Rechenschaftspflicht des Kommissionäres in dem von den Beklagten behaupteten Umfange folge, wonach er zu beweisen hätte, daß die in Übereinstimmung mit dem Auftrage abgeschlossenen Verträge auch wirklich von vornherein als für den Kommittenten abgeschlossen bestimmt gewesen seien, und daß sich diese Bestimmung von vornherein in äußerlich erkennbarer Weise, etwa durch entsprechende Eintragungen in die Bücher des Kommissionäres, manifestiert habe, daß vielmehr Kläger durchaus genug gethan habe, wenn er solche Verträge als die für Rechnung der Beklagten gehenden nachwies und vorlegte, welche in allen Teilen dem Auftrage und der von dessen Ausführung gemachten Anzeige genügten und gegen welche die Beklagten irgend einen sachlichen Einwand zu erheben nicht vermocht haben.

Dem gegen diese Erwägung gerichteten Revisionsangriffe mußte der Erfolg versagt werden. Allerdings ist das Beweisthema, wenn der Kommissionär seinen Anspruch nicht auf den Eintritt als Selbstkontrahent, sondern auf die wirkliche Ausführung des Auftrages gründet, dahin zu stellen, daß das betreffende Geschäft nach dem Willen des Kommissionäres die Bestimmung gehabt hat, als die Ausführung des erteilten Auftrages zu gelten. Auch würde der Erwägung des Berufungsgerichtes

nicht beizutreten sein, wenn nach derselben es überhaupt nicht darauf ankommen sollte, daß das Geschäft schon beim Abschlusse zur Ausführung des Auftrages bestimmt gewesen, womit allerdings diesseits nicht geleugnet werden soll, daß im Falle des Zusammentreffens mehrerer Einkaufsaufträge für dieselbe Warengattung bei Abschluß der Geschäfte der allgemeine Wille, dieselben zur Ausführung aller dieser Aufträge vorzunehmen, unter erst nachträglicher Zuteilung der einzelnen Abschlüsse auf die einzelnen Aufträge genügt. Hat der Kommissionär in bloßer Erwartung künftiger Einkaufsaufträge Waren eingekauft, so kann er aus solchen Anschaffungen nur als Selbstkontrahent liefern, wenn er nicht mit dem Kommittenten vereinbart, es solle die betreffende Anschaffung als in Ausführung des Auftrages erfolgt gelten. Nicht aber kann er einseitig eine weder im Auftrage noch in einer Geschäftsführung vorgenommene Anschaffung wegen eines späteren Auftrages als zur Ausführung desselben geschlossen hinstellen. Allein wenn auch das Beweisthema jene Willensrichtung umfaßt, so folgt daraus allerdings noch nicht, daß der Kommissionär, um den Beweis für diese führen zu können, für eine anderweitige äußere Manifestierung, als in der rechtzeitigen Anzeige der Auftragsausführung in Verbindung mit dem Nachweise des Abschlusses eines jener Anzeige entsprechenden Geschäftes zu finden ist, insbesondere eine entsprechende Kennzeichnung der Willensbestimmung in den Handelsbüchern Sorge tragen müßte. In der That ist nicht ersichtlich, welche positive Eintragung als geschehen Beklagte verlangen. Daß aus den Handelsbüchern des Klägers einerseits der Abschluß der von der Maklerfirma bezeugten Geschäfte wie andererseits die Anzeige von der Ausführung der Einkaufsaufträge hervorgehe, leugnen Beklagte nicht. Ob es nach der Einrichtung und Bestimmung der Handelsbücher überhaupt möglich ist, eine erkennbare Beziehung der einzelnen Geschäftsabschlüsse zu den einzelnen Aufträgen, die sich schon mit der Vornahme der Abschlüsse als begründet darstellt, zu schaffen, kann dahingestellt bleiben. Als üblich kann es nicht angesehen werden. Wenn Beklagte geltend machen, es sei nachzuweisen, daß Kläger sie für die Preise jener Einkäufe in ihren Büchern belastet hätte, so ist zu bemerken, daß, gleichviel ob bei Ausführung eines Zeitgeschäftes überhaupt eine Belastung des Auftraggebers mit einem bestimmten Betrage vor der Abwickelung des Zeitgeschäftes stattfindet, darüber kein Zweifel sein kann, daß auch nach Inhalt der klägerischen Bücher Beklagte dem

Kläger entsprechend der Ausführungsanzeige des letzteren haftbar sein sollten. Es kommt also auch hier der Standpunkt der Beklagten auf das Verlangen des büchermäßigen Nachweises heraus, daß es gerade jene von der Maklerfirma bezeugten Einkäufe seien, durch deren Bewirkung die angezeigte Auftragsausführung erfolgt sei. Nun ist nicht zu verkennen, daß vermöge der Bestimmung der Handelsbücher, über alle dem Handelsbetriebe angehörigen Geschäfte die Übersicht zu gewähren, die Annahme, es sei ein bestimmtes abgeschlossenes Geschäft in Ausführung eines bestimmten Auftrages geschlossen worden, allerdings insofern durch die Handelsbücher eine erhebliche Bestärkung erfahren kann, als sich aus denselben entnehmen läßt, daß andere Aufträge derselben Art zur fraglichen Zeit nicht erteilt sind oder, falls sie erteilt, andere zu ihrer Deckung geeignete Abschlüsse gemacht worden sind, sowie daß der fragliche Abschluß zu einem anderen Zwecke eine Verwendung nicht gefunden hat. Daraus folgt indessen nicht, daß in jedem Falle der Kommissionär den Nachweis der Beziehung des ausgeführten Geschäftes zu dem Auftrage durch Vorlegung seiner Handelsbücher zu führen oder zu unterstützen verbunden wäre. Da es für dieses negative Ergebnis nicht auf eine einzelne Eintragung, sondern auf den gesamten Geschäftsverkehr einer bestimmten Zeit ankäme, so würde damit der Kommissionär immer zu einer Aufdeckung seines ganzen Geschäftsverkehres verbunden sein. Hat er rechtzeitig dem Kommittenten eine Ausführungsanzeige gemacht und weist er von dem Standpunkte, den Auftrag durch ein Geschäft mit Dritten ausgeführt zu haben, den Abschluß eines Geschäftes, welches sich nach Zeit, Gegenstand und Preis mit der Ausführungsanzeige deckt, nach, so hat er damit der Regel nach — Ausnahmen können eintreten, wenn Rückhaltigkeit oder Unwahrheiten bei der Anzeige oder dem Nachweise des Abschlusses ein Mißtrauen begründen — in ausreichender Weise den Abschluß jenes Geschäftes mit dem Willen, es zur Ausführung jenes Auftrages vorzunehmen, jedenfalls dann glaubhaft gemacht, wenn der Kommittent das Geschäft mit seinem Ergebnisse als ein dem Auftrage bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt entsprechendes nicht zu beanstanden vermag.

Allerdings kann gegenüber solchem Beweise des Kommissionäres dem Kommittenten der Gegenbeweis, daß das fragliche Geschäft in Wahrheit nicht zur Ausführung jenes Auftrages geschlossen worden, nicht versagt werden. Die Argumentation, es sei dies für den Kom-

mittenten unerheblich, wenn er doch das Ergebnis sowohl vom Gesichtspunkte der Auftragsausführung durch Einkauf bei Dritten wie von dem des Eintrittes als Selbstkontrahenten müßte gelten lassen, trifft weder hier noch überhaupt zu. Sie würde in ihrer Konsequenz dazu führen, daß es, falls solche Beanstandung nicht stattfindet, überhaupt nicht darauf ankäme, in welcher Weise der Auftrag erledigt worden und der Kommissionär von jeder Rechenschaft hierüber entbunden wäre. Dies wäre unrichtig. Ist der Kommissionär nicht als Selbstkontrahent eingetreten und hat er auch den Auftrag nicht durch Ankauf von Dritten ausgeführt, so ist der Kommittent frei. Fiktionen eines solchen Ankaufes in Ausführung seines Auftrages vermögen ihn nicht zu binden. Auch wird durch den Umstand, daß der Kommittent ein Geschäft, wenn es in Ausführung seines Auftrages abgeschlossen wäre, in seinem Ergebnisse als dem Auftrage entsprechend anerkennen müßte, nicht ausgeschlossen, daß nicht das in Wahrheit in Ausführung des Auftrages geschlossene Geschäft unter den Kommittenten günstigeren Bedingungen geschlossen worden ist. Nun haben Beklagte nicht bloß vom Kläger den Beweis, daß er für sie jene Einkäufe bewirkt, durch Vorlegung der Handelsbücher verlangt, sondern auch ausdrücklich die Vorlegung dieser Bücher damit begründet, es werde sich aus denselben ergeben, daß Kläger jene Einkäufe nicht für sie gemacht habe. Aber auch aus der Verwerfung des in dieser Weise begründeten Ansinnens war dem Berufungsgerichte kein Vorwurf zu machen. Nach Art. 37 H.G.B. hängt es vom Ermessen des Prozeßrichters ab, ob er einem Antrage des Prozeßgegners auf Edition der Handelsbücher stattgeben will, wie dies der I. Civilsenat des Reichsgerichtes in dem Urteile vom 3. Oktober 1885 in Sachen G. wider L. Rep. I 208/85 unter Verwerfung der Auffassung, daß die Handelsbücher des Kommissionäres wegen des Kommissionsverhältnisses für ihn und den Kommittenten gemeinschaftliche Urkunden wären, ausgesprochen hat.[1] Es muß aber als eine von durchaus richtigen Gesichtspunkten ausgehende Bethätigung dieses Ermessens angesehen werden, wenn das Berufungsgericht bei solcher Allgemeinheit und Unbestimmtheit der Behauptungen die geforderte Anordnung der Vorlegung der Bücher versagt hat. Lägen dem Kommittenten für den durch die Handelsbücher zu führenden Gegenbeweis

[1] Vgl. auch Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 S. 379. D. E.

keine bestimmteren Behauptungen ob, so würde er damit, daß er sich für die einfache Negative dessen, was der Kommissionär beweisen will, auf die Handelsbücher beruft, jene umfassende Offenlegungspflicht des Kommissionäres erzwingen, von der eben ausgeführt ist, daß sie dem letzteren nicht ohne ganz besondere Gründe obliegt. Gerade, weil der Kaufmann nicht ohne dringende Veranlassung seinen Geschäftsverkehr offenzulegen gezwungen werden soll und zur Verhütung von Prozeßschikanen ist die unbedingte Verpflichtung zur Vorlegung der Handelsbücher auf Verlangen des Prozeßgegners im Art. 37 a. a. O. verneint." ....

---

6. 1. Abgrenzung der „im Inlande abgeschlossenen Geschäfte" im Sinne des Abs. 1 und der „durch briefliche oder telegraphische Korrespondenz zwischen einem Orte des Inlandes und einem Orte des Auslandes zustande gekommenen Geschäfte" im Sinne des §. 6 Abs. 3 des Reichsstempelgesetzes vom 3. Juni 1885.

2. Begriff des „Vermittlers" eines Geschäftes im Sinne des Reichsstempelgesetzes vom 3. Juni 1885.

VI. Civilsenat. Urt. v. 30. September 1886 i. S. T. (Kl.) w. Hamburger Deputation für indirekte Steuern und Abgaben (Bekl.). Rep. III a. 250/86.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klage war gerichtet auf Rückzahlung von 1 ℳ, als der Hälfte einer vom Kläger an die beklagte Behörde nach §. 32 des Reichsstempelgesetzes von 1885 mit Vorbehalt entrichteten Stempelabgabe von 2 ℳ, welche die Beklagte auf Grund des Tarifsatzes 4 B und des §. 6 Abs. 1 des Gesetzes von ihm eingefordert hatte. Der Kläger hatte das fragliche Kaufgeschäft als Agent der Liverpooler Verkäufer mit den Hamburger Käufern vermittelt und behauptete, daß dasselbe nicht unter §. 6 Abs. 1, sondern unter §. 6 Abs. 3 des Gesetzes falle und daher nur nach §. 6 Abs. 2 daselbst zu besteuern sei. Das Nähere ergiebt sich aus den mitzuteilenden Entscheidungsgründen. Die Klage

war in beiden Instanzen abgewiesen, und die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

... „Der Kläger hat seinen Anspruch darauf gestützt, daß für das hier fragliche Kaufgeschäft nach §. 6 Abs. 2 des Reichsstempelgesetzes von 1885, da die verkaufende Firma unbestritten in Liverpool, also im Auslande, ihren Sitz habe, und das Geschäft nach §. 6 Abs. 3 des Gesetzes, weil durch briefliche Korrespondenz zwischen Hamburg und Liverpool zustande gekommen, als im Auslande abgeschlossen gelten müsse, die Abgabe nicht zum vollen Betrage mit 2 ℳ, sondern nur zum halben Betrage mit 1 ℳ zu entrichten gewesen sei. Thatsächlich ist jedoch außer Streit, daß die Hamburger Käufer und die Liverpooler Verkäufer nicht direkt mit einander über das Geschäft korrespondiert haben, sondern daß die briefliche Korrespondenz nur zwischen dem Kläger und dem von ihm als Agenten geschäftlich vertretenen Liverpooler Hause stattgefunden hat, daß aber das Geschäft selbst mittels in Hamburg ausgetauschter mündlicher Erklärungen des Klägers und der Käufer H. & J. abgeschlossen worden ist. Zuvörderst ist nun jedenfalls davon auszugehen, daß im Sinne des §. 6 Abs. 3 nicht etwa jedes Geschäft, bei dessen Abschlusse Korrespondenz irgendwie als mitwirkendes Hilfsmittel benutzt worden ist, als „durch" Korrespondenz zustande gekommen anzusehen ist, sondern daß dort nur solche Geschäfte gemeint sind, bei welchen die den Abschluß selbst enthaltenden Willenserklärungen auf dem Korrespondenzwege erfolgt sind. Daher kann dem Oberlandesgerichte nur völlig zugestimmt werden, wenn es unter der Voraussetzung, daß der Kläger das fragliche Geschäft als Bevollmächtigter bezw. als negotiorum gestor des Liverpooler Hauses im Namen des letzteren mit den Hamburger Käufern abgeschlossen habe, das Geschäft als in Hamburg abgeschlossen betrachtet. Freilich hat nun aber der Kläger nicht ohne einigen Anschein gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes eingewandt, ebendies, daß er im Namen des Liverpooler Hauses als dessen Vertreter kontrahiert hätte, stehe auch noch gar nicht fest; er behaupte vielmehr nur die ihm auf dem Korrespondenzwege übermachte Willenserklärung der Verkäufer als Bote den Käufern mitgeteilt und in gleicher Eigenschaft von den letzteren deren Erklärung entgegengenommen zu haben. Wie es sich hiermit in thatsächlicher Beziehung verhält, kann indessen dahingestellt bleiben. Denn

„im Inlande abgeschlossen" im Sinne des §. 6 Abs. 1 a. a. O. ist nach natürlicher und vernünftiger Auslegung jedes Geschäft, bei welchem diejenigen Erklärungen, durch die es schließlich perfekt geworden ist, zwischen zwei im Inlande befindlichen Personen ausgewechselt worden sind, gleichviel ob diese dabei ihren eigenen Willen erklärt oder nur als Boten anderer, im Auslande wohnhafter Personen fungiert haben. Dem entsprechend sind „durch Korrespondenz zwischen einem Orte des Inlandes und einem Orte des Auslandes zustande gekommen" im Sinne des Abs. 3 nur solche Geschäfte, bei deren Abschluß die Korrespondenz zwischen Ausland und Inland direkt zwischen den Kontrahenten bezw. den für sie etwa kontrahierenden Vertretern geführt worden ist, nicht etwa bloß zwischen einem der Kontrahenten und seinem Boten. Mit dem Wortlaute ist diese Auslegung völlig vereinbar, und es kann dem Gesetze nicht zugetraut werden, daß es von einem äußerlich oft so schwer erkennbaren, nicht selten auch sogar innerlich zweifelhaften Kriterium, wie dem Umstande, ob der für den Ausländer auftretende Agent als Bevollmächtigter bezw. negotiorum gestor oder nur als Bote des Geschäftsherrn zu denken sei, das größere oder geringere Maß der Abgabenpflicht hätte abhängig machen wollen.

Eventuell hat der Kläger noch geltend gemacht: wenn er nach der Auffassung des Oberlandesgerichtes das Geschäft als Vertreter des Liverpooler Hauses selbst abgeschlossen habe, so könne er dann nicht zugleich „Vermittler" des Geschäftes im Sinne des §. 9 des Reichsstempelgesetzes sein; er sei dann also zur Entrichtung der Abgabe gar nicht verpflichtet gewesen und müsse aus diesem Grunde wenigstens die unter Vorbehalt gezahlte Hälfte zurückfordern können. Das Berufungsgericht war auf diesen Punkt nicht weiter eingegangen, weil, wie es meinte, derselbe der Entscheidung überhaupt nicht unterbreitet worden sei. Ob hierin, wie der Kläger hat ausführen wollen, ein prozessualer Verstoß zu erblicken sein möchte, bedarf keiner Erörterung, weil die Entscheidung selbst jedenfalls nach §. 526 C.P.O. aufrecht zu halten sein würde. „Vermittler" im Sinne der §§. 8. 9. 10. 11 des Gesetzes ist ein jeder, der durch eine auf Herbeiführung der Willenseinigung der Kontrahenten abzielende selbständige Thätigkeit zu diesem Ergebnisse mitgewirkt hat. Er kann daneben als Bote beim Abschlusse des Geschäftes fungiert haben, braucht dies indessen keineswegs. Obwohl andererseits der Vermittler in der Regel nicht zugleich Vertreter eines

der beiden Kontrahenten beim Abschlusse des Geschäftes zu sein pflegt, so kann er doch auch schließlich von dem einen mit Vollmacht zum Abschlusse versehen worden sein. Diese Möglichkeit ist auch von Neumann (Börsensteuergesetz S. 25 flg.) übersehen, wenn er dort die Stellung des Vermittlers und die des Bevollmächtigten wie sich gegenseitig ausschließend einander gegenüberstellt. In Wirklichkeit hat es also für den vorliegenden Fall bei der thatsächlichen Angabe des Klägers selbst, daß er „Vermittler" des Geschäftes gewesen sei, unter jeder Voraussetzung sein Bewenden zu behalten, gleichviel ob man annehmen müßte, daß er nur als Bote oder als Bevollmächtigter des Liverpooler Hauses fungiert habe. Dann schließt freilich der Umstand, daß in der Schlußnote der Kläger nicht als Vermittler genannt ist, eine Übertretung des §. 10 des Gesetzes in sich, ändert aber im übrigen nichts an der Sachlage. Der Kläger war als inländischer Vermittler in der That nach §. 9 Nr. 1 des Gesetzes jedenfalls in erster Reihe zur Entrichtung der Abgabe verpflichtet." . . .

---

7. Unterliegt dem §. 13 des Reichsgesetzes über den Markenschutz vom 30. November 1874 sowie der Entschädigungspflicht des §. 14 auch die von einem Inländer im Auslande erfolgende unbefugte Benutzung eines durch das Gesetz geschützten Zeichens?

I. Civilsenat. Urt. v. 2. Oktober 1886 i. S. J. H. (Kl.) w. L. H. (Bekl.) Rep. I. 237/86.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Kläger heißt Johann Hoff, wohnt in Berlin und ist Inhaber der in Berlin eingetragenen Firma Joh. Hoff. Er hat auch zur Bezeichnung seiner Malzpräparate ein Warenzeichen eintragen lassen, in welchem der Name Johann Hoff vorkommt. Der Beklagte heißt Leopold Hoff und wohnt in Hamburg. Derselbe sendet von ihm bereitetes Bier in Fässern nach den Vereinigten Staaten an die Handlung T. & Co., welche das Bier in Flaschen mit einer Etikette, die es als Joh. Hoff's Malt-Extract bezeichnet, füllt und es in diesen Flaschen verkauft. Kläger

findet hierin eine dem Beklagten zur Last fallende, unter das deutsche Markenschutzgesetz fallende, widerrechtliche Bezeichnung von Warenverpackungen mit der Firma bezw. dem Namen des Klägers. Der Beklagte soll Miturheber dieser Bezeichnung sein, weil die Sendung des Bieres an T. & Co. unter der von ihm erteilten und in seinem Vertriebsvertrage mit T. & Co. enthaltenen Vorschrift, die Flaschen in dieser Weise zu bezeichnen, erfolge. Kläger hat seine Anträge wider den Beklagten auf Erklärung der Nichtberechtigung desselben, sein Fabrikat in der angegebenen Weise zu bezeichnen, und unter dieser Bezeichnung in den Verkehr zu bringen oder feil zu halten, auf Untersagung dieser Handlungen unter Strafandrohung und auf Schadensersatz gerichtet. Er ist in beiden Instanzen mit seiner Klage abgewiesen worden, weil die angeblich verletzenden Handlungen im Auslande begangen seien und das deutsche Markenschutzgesetz nur auf im Inlande begangene Eingriffshandlungen zu beziehen sei. Das Reichsgericht hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Die Auffassung der Instanzgerichte, daß der vom Kläger beanspruchten Anwendung des deutschen Reichsgesetzes über den Markenschutz vom 30. November 1874 die geschehene Vornahme der Eingriffshandlungen außerhalb der Grenzen des Deutschen Reiches entgegenstehe, indem dieses Gesetz nur auf im Inlande begangene Handlungen zu beziehen sei, konnte für zutreffend nicht erachtet werden.

Schon der Ausgangspunkt der Erwägungen des Berufungsgerichtes, daß das inländische Gesetz, wenn es seine Anwendbarkeit über die Grenzen des Inlandes hinaus nicht ausdrücklich ausspreche, nicht die außerhalb des Inlandes begangenen Handlungen treffen wolle, kann in dieser Allgemeinheit nicht als zutreffend anerkannt werden. Natürlich findet der Rechtsschutz, den ein Staat zu gewähren vermag, insofern seine Grenze in seiner Machtsphäre, als er dem Verletzten die Genugthuung nur zu verschaffen vermag, soweit ihm über Vermögensobjekte des Verletzers die Macht zusteht, und in Rücksicht hierauf wird sich die Gesetzgebung des Staates auch in betreff der Zuständigkeit seiner Gerichte gewisse Schranken auflegen. Daraus läßt sich indessen durchaus nicht der Schluß ziehen, daß der Staat, wo er gesetzgeberisch zum Schutze von Rechten einschreitet, diese Rechte als nur in solcher räumlichen

Beschränkung existierend oder schutzberechtigt ansehen will, daß sie nur gegen Verletzungen im Inlande reagieren können, sodaß eine solche Selbstbeschränkung auch für solche Fälle anzunehmen wäre, in denen die Machtmittel des Staates zur Erlangung der Genugthuung wirksam wären. Wie unzutreffend ein solcher Schluß wäre, ergiebt sich gerade, wenn man die Fälle in Betracht zieht, in denen, wie hier, derjenige, der Urheber oder Miturheber der im Auslande bewirkten Verletzungen sein soll, im Inlande wohnt.

Nun wird allerdings es als eine bei der möglichen Anwendung verschiedener örtlichen Rechte dem Wesen der Sache entsprechende rechtsgrundsätzliche Lösung bezeichnet, daß die civilrechtlichen Folgen einer als Delikt angesprochenen Handlung nach dem Gesetze des Ortes der Verübung dieser Handlung zu bestimmen wären.

Vgl. Bar, Internationales Privat- u. Strafrecht S. 320.

Allein von der Heranziehung dieses angeblichen Rechtssatzes zur Auslegung des Markenschutzgesetzes kann nicht die Rede sein. Jener Satz führt zu dem Ergebnisse, daß für die Geltendmachung eines Civilanspruches wegen der im Auslande vorgenommenen Handlung im Inlande das ausländische Recht anzuwenden sei. Dies erscheint gerade wegen der Existenz des Markenschutzgesetzes in bezug auf diejenigen Rechtsgüter, welche dieses schützen will, durchaus ausgeschlossen. Diese Rechtsgüter sind ganz unbedingt und in erster Reihe das eingetragene Warenzeichen des inländischen Handeltreibenden sowie der Name und die Firma des inländischen Produzenten und Handeltreibenden, und sodann in Anknüpfung hieran unter gewissen Voraussetzungen die gleichen Rechtsgüter ausländischer Handeltreibenden und Produzenten. Den diesen Gütern zu gewährenden Schutz will das Reichsgesetz erschöpfend regeln. Soweit der Schutz nicht in dem Gesetze selbst zu finden ist, giebt es keinen im Gebiete des Deutschen Reiches für diese Güter geltend zu machenden Schutz. Beschränkt das Gesetz seinen Schutz auf im Inlande vorgenommene Verletzungen, so sind die betreffenden Güter gegen im Auslande vorgenommene hier überhaupt schutzlos. Die Anwendung eines ausländischen Schutzgesetzes zur Erreichung eines Schutzes im Inlande für die im Gesetze behandelten Rechtsgüter ist durch die Existenz und die Tendenz des Reichsgesetzes ausgeschlossen. Es kann deshalb auch nicht ein Satz, der auf der Voraussetzung freier Anwendbarkeit des als örtlich maßgebend gefundenen Rechtes beruht, zur Aus-

legung des Gesetzes benutzt werden. Dem Satze mag eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen sein, wenn Handlungen in allgemeiner Qualifikation als Unrecht, welche nach den sittlichen Anschauungen verschiedener Länder verschieden sein kann, in Frage kommen. Aber er ist unzutreffend bei Regelung einer Materie in den verschiedenen Gesetzgebungen in der Weise, daß jeder Staat einen Schutz speziell für in seinem Bereiche entstandene und daselbst ihre Heimat habende Güter unter nur bedingter Gleichstellung der ausländischen errichtet. Es kommt vielmehr auf eine nähere Würdigung des betreffenden Gesetzes selbst nach der Richtung an, ob das Gut, auf dessen Rechtsschutz das Gesetz abzielt, seiner Natur nach der räumlichen Beschränkung auf das Inland unterliegt, oder ob, falls dies nicht der Fall, solche Beschränkung doch vom Gesetze gewollt ist oder bei Zugrundelegung eines vernünftigen Zweckbestrebens auch nur gewollt sein kann.

Nun müssen Warenzeichen, Namen und Firmen des Handeltreibenden und Produzenten als unkörperliche Güter für ihre rechtliche Behandlung an einen bestimmten Raum als ihren Sitz geknüpft werden. Dies ist wegen ihrer hier allein in Betracht kommenden Bedeutung als Figuren- oder Namenmarken für Waren der Ort des Handelsunternehmens oder der Niederlassung des Produzenten. Von dieser Stelle aus äußert die betreffende Individualitätsbethätigung ihre Wirkung. Deshalb bezieht sich der Schutz des Gesetzes und entsprechend auch der Schutz jedes fremden auf gleicher Grundlage beruhenden Markenschutzgesetzes in erster Reihe auf diejenigen gewerblichen Niederlassungen, die im Bereiche des Gesetzes liegen. Unter den inländischen Handeltreibenden und Produzenten im Sinne des §. 13 des Gesetzes ist derjenige, der im Inlande die Handelsniederlassung hat oder im Inlande produziert, nicht der Inländer im Sinne der Nationalität zu verstehen.

Vgl. die Rechtsprechung zu §. 269 des früheren preußischen Strafgesetzbuches und zum früheren §. 287 des Reichsstrafgesetzbuches in Oppenhoff, Rechtsprechung Bd. 12 S. 191, Bd. 13 S. 511, Bd. 15 S. 37, Bd. 17 S. 586.

Geht sonach auch die Wirkung derjenigen Bethätigung, welche als zu schützendes Recht anerkannt wird, von einem bestimmten Punkte aus, so ist doch die gewollte Wirkung, um deren Willen der Rechtsschutz gewährt wird, ihrer Natur nach eine räumlich unbeschränkte. Dies kann zunächst in betreff der Namens- und Firmenbezeichnung keinem

Bedenken unterliegen, welche übrigens im vorliegenden Falle allein in Frage ist. Wer durch seinen Namen oder seine Firma eine Ware als die von ihm herrührende kenntlich machen will, der will dies natürlich, soweit seine Ware ein Absatzgebiet hat oder haben kann. Sein Markenrecht kann daher ebensogut im Inlande wie im Auslande Schaden leiden. Wird im Auslande unter der Bezeichnung mit seinem Namen oder seiner Firma Ware von Anderen in Verkehr gebracht oder feilgehalten, so wird dadurch für ihn die Möglichkeit des Absatzes seiner Ware daselbst beeinträchtigt. Weder im Tragen eines Namens noch in der Annahme einer Firma liegt eine bloße, auf einen bestimmten Raum oder das Heimatsland beschränkte Individualitätsbethätigung, und ebensowenig liegt solche Beschränkung in dem Wesen eines Handels- oder Gewerbsunternehmens, in Rücksicht auf welches ebensolche Bezeichnung als ein Rechtsgut anerkannt ist. Was aber von der Namens- oder Firmenbezeichnung gilt, muß eben wegen der Knüpfung an das Handelsunternehmen durch das Gesetz auch von eigentlichen Warenzeichen gelten, wie denn auch eine verschiedene Behandlung in bezug auf den Umfang des Rechtes, je nachdem das eigentliche Warenzeichen oder die Bezeichnung mit Namen und Firma in Frage kommen, als gewiß nicht gewollt, abzuweisen wäre. Nun könnte freilich immerhin das Gesetz den Schutz nur in solcher Beschränkung haben zuerkennen wollen. Hiergegen sprechen aber zwei entscheidende Gründe. Der eine Grund beruht darin, daß das Gesetz auch denjenigen Zeichen, die ihren Ursprung und Ausgangspunkt im Auslande haben, die Schutzberechtigung über das Bereich ihres Heimatslandes hinaus, nämlich gegen Verletzungen, die innerhalb Deutschlands erfolgen, zuerkennt. Die Bedingungen, an welche der §. 20 a. a. O. diesen Schutz knüpft, vermögen das Ergebnis der prinzipiellen Anerkennung einer soweit gehenden Schutzberechtigung nicht zu beeinträchtigen. Für die Namen und Firmen ausländischer Produzenten und Handeltreibenden gilt keine andere Bedingung, als die der vorhandenen Gegenseitigkeit. Dies ist eine vom notwendigen und gesunden Egoismus des Staates diktierte Bedingung, die mit der Auffassung der inneren Natur der Berechtigung nichts zu thun hat. Aber auch die für den Schutz des ausländischen eigentlichen Warenzeichens aufgestellten Bedingungen ergeben nicht, daß das Gesetz das Wesen des Rechtes, welches in der ausländischen Marke geschützt wird, anders auffaßt als bei der inländischen Marke. Da das eigent-

liche Warenzeichen überhaupt nur unter der Voraussetzung eines bestimmten formellen Schaffungsaktes geschützt wird, ist es nur konsequent, daß das ausländische, um hier geschützt zu werden, entsprechend den ausländischen Erfordernissen für einen Schutz geschaffen sein muß und nur unter Voraussetzung des dortigen Schutzes auch hier geschützt wird. Die Bedingung der Anmeldung des Warenzeichens in Leipzig erklärt sich aber daraus, daß den inländischen Konkurrenten, wenn sie verantwortlich werden sollen, auch Gelegenheit gegeben sein muß, von der Existenz des ausländischen Warenzeichens leicht Kenntnis zu erhalten. Da nun das Gesetz doch offenbar die ausländischen Zeichen nicht im weiteren Umfange für schutzberechtigt erachten will, als die inländischen, so ergiebt sich aus jener Gleichstellung, daß es die zu schützende Berechtigung nicht als eine räumlich nur auf das Heimatland beschränkte auffassen kann. Dieser Grund wäre nur dann nicht stichhaltig, wenn man annehmen wollte, das Gesetz fasse die Berechtigung freilich als eine ihrem Wesen nach räumlich unbeschränkte auf, habe sich aber doch bescheiden wollen, den Schutz auf die in seinem örtlichen Bereiche bewirkten Eingriffe zu beschränken. Allein es ist gar nicht einzusehen, weshalb das Gesetz, wenn die Berechtigung ihrer Natur nach räumlich unbeschränkt ist und das anerkannte Rechtsgut auch im Auslande Schaden leiden kann, nicht in seinem Schutze so weit hätte gehen sollen, als die Machtmittel des Staates vermöge der Zuständigkeit seiner Gerichte und der Fähigkeit des Zugriffes auf das in seinem Bereiche befindliche Vermögen reichen, und daher insbesondere auf eine Geltung gegen Inländer, welche die Beschädigung im Auslande vornehmen, hätte verzichten sollen. Dies führt auf den zweiten Grund, der darin beruht, daß bei der beschränkten Auslegung, welche die Instanzgerichte vertreten, das Gesetz ein für die Verkehrsbedürfnisse und die nächstliegenden Zwecke gänzlich unvollkommenes sein würde. Auch wenn man den Inländer, sofern die Entlehnungen im Auslande in civilisierten Ländern erfolgen, darauf verweisen wollte, sich dort ein Schutzrecht, entsprechend den dortigen Erfordernissen, zu verschaffen, so würde die Geltendmachung des vollen Schutzes dort doch in der Regel versagen, wenn derjenige, dem die Entlehnung zur Last fallen soll, wie im vorliegenden Falle, nicht dort, sondern im Inlande wohnt. Aber noch viel deutlicher tritt die völlige Unzulänglichkeit des Gesetzes bei solcher Auffassung hervor, wenn man an den Export von Waren nach von Naturvölkern bewohnten Gegenden

denkt. Die Warenzeichen haben zur Individualisierung einer Ware gerade für solchen Absatz eine hervorragende Bedeutung, und es wäre ein die Voraussicht des Gesetzgebers in ein seltsames Licht stellendes Ergebnis, wenn der Schutz des inländischen Exporteurs für sein Warenzeichen gegen Nachahmung eines Konkurrenten davon abhängig sein sollte, ob die nachgeahmte Bezeichnung auf die Waren noch hier oder erst in der Fremde gesetzt wird. Denn sofern dies erst in der Fremde geschieht, ist die widerrechtliche Bezeichnung sowie das Inverkehrbringen oder Feilhalten der widerrechtlich bezeichneten Waren immer eine im Auslande erfolgende Handlung, und der inländische Miturheber oder Teiluehmer ist und bleibt, wenn er auch im Inlande Thätigkeiten ausübt, welche zu jener Handlung im Auslande in Beziehung stehen, ohne doch selbst jene Bezeichnung oder jenes Inverkehrbringen oder Feilhalten ganz oder teilweise zu enthalten, immer nur der Miturheber oder Teilnehmer einer im Auslande verübten Handlung, sodaß, wenn diese vom Gesetze nicht berührt wird, auch die Miturheberschaft oder Teilnahme nicht unter das Gesetz fällt. Die entgegenstehende Ausführung der Revisionsbegründung, welche auch bei Geltung der Auffassung der Instanzgerichte die inländischen Vorbereitungshandlungen als unter das Gesetz fallend erachtet, wendet unzutreffend angebliche strafrechtliche Grundsätze an, die auf der Voraussetzung beruhen, daß die Handlung nach hiesigem Gesetze schlechthin und ohne Einschränkung auf ihre Verübung im Inlande strafbar ist. Unter dieser Voraussetzung mag sich im Strafrechte die Ansicht vertreten lassen, die übrigens durchaus nicht unbestritten ist,

vgl. Binding, Lehrbuch des Strafrechtes Bd. 1 S. 436,

daß es der im allgemeinen nach §. 4 Nr. 3 R.St.G.B. zugleich erforderten Strafbarkeit der That im Auslande nicht bedarf, um an der im Auslande begangenen That im Inlande verübte Teilnahmehandlungen zu strafen.

Die Instanzgerichte stützen ihre Auffassung lediglich auf Schlüsse der Analogie und des argumentum e contrario, welche sie aus dem gleichen Schweigen über den räumlichen Wirkungsumfang bei in ähnlicher Ausdrucksweise gekennzeichneten Handlungen oder aus der ausdrücklichen Erstreckung auf das Ausland in Bestimmungen anderer Reichsgesetze, denen eine verwandte Tendenz beizumessen ist, herleiten. Diese Art der Benutzung verschiedener Gesetze, deren Entstehung in erheblichen

Zwischenräumen unter wesentlichen Amendierungen aus dem Schoße des Reichstages erfolgt ist, hat schon an sich etwas sehr Bedenkliches. Vor allem wird aber bei dem Versuche, im Wege der Analogie aus dem Patentgesetze vom 25. Mai 1877 Folgerungen zu ziehen, die grundsätzliche Verschiedenheit der durch das Patentgesetz und das Markenschutzgesetz geschützten Berechtigungen, wie sie aus der Behandlung durch diese Gesetze bei Vergleichung ihres ganzen Inhaltes hervortritt, übersehen. Das durch das Patent der Erfindung zuerkannte Ausschließungsrecht beschränkt sich nicht deshalb auf das Inland, weil im §. 4 a. a. O. nicht ausdrücklich vom Auslande die Rede ist, sondern weil allerdings das Patent nach dem Willen des Gesetzes nicht über das Inland hinaus wirken soll. Der Unterschied tritt deutlich darin hervor, daß gerade das Patentgesetz im Auslande erworbenen Patenten auch nicht unter besonderen Bedingungen im Inlande Schutz verleiht, wie denn auch in den Staatsverträgen weder den Inhabern ausländischer Patente gleicher Schutz mit den Inhabern inländischer Patente eingeräumt, noch für letztere der ausländische Schutz beansprucht wird. Während Namen und Firma für die Warenbezeichnung und auch das eigentliche Warenzeichen als natürliche Bethätigungen der Persönlichkeit gelten, die, vorbehaltlich freilich der Erfüllung bestimmter formeller Erfordernisse für das eigentliche Warenzeichen, auch ohne Zeitbeschränkung geschützt werden, ist das erteilte Patent als ein für die Grenzen des Staates, in welchem es erteilt, verliehenes Privilegium, das ja auch zeitlich beschränkt ist, aufgefaßt und die Wirksamkeit für fremde Länder ist deren Patenterteilungen überlassen. Diese Beschränkung auf das Inland tritt übrigens auch in §. 5 Abss. 1. 3 ausdrücklich hervor und war auch in den Motiven zum Gesetzentwurfe (§. 4) ausgesprochen.

Vgl. Drucksachen der dritten Legislaturperiode des Reichstages I. Session 1877 Nr. 8 S. 21.

Wenn in dem Gesetze betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken vom 11. Juni 1870 — und entsprechend in den späteren Gesetzen betreffend andere Urheberrechte — (§. 22) ausdrücklich die Herstellung eines Nachdrucksexemplares auch außerhalb des Norddeutschen Bundes als das Vergehen des Nachdruckes enthaltend kennzeichnet, so erklärt sich dies daraus, daß, wie die Motive zum Entwurfe (§. 23)

vgl. Drucksachen Nr. 7 erste Legislaturperiode 1870 S. 136

ergeben, in dieser Materie die beim Markenschutzgesetze nicht vorliegende

Veranlassung war, den Akt, durch welchen die Verletzung konsumiert sein sollte, gesetzlich festzustellen, und daß es alsdann nahe lag, auch die Herstellung im Auslande als zur Konsumtion der Handlung ausreichenden Akt besonders aufzuführen. Daß letzteres ohne irgend welche Beanstandung, auch ohne irgend welche Motivierung im Entwurfe geschah, scheint mehr zu einer Verwertung jener Bestimmung für das Markenschutzgesetz im Wege der Analogie, als zu einer solchen im Wege des argumentum e contrario geeignet.

Es soll übrigens hervorgehoben werden, daß, da der Beklagte ein Inländer ist, es der Entscheidung der Frage nicht bedarf und dieselbe daher auch nicht entschieden werden soll, ob das Reichsgesetz auch dann auf im Auslande verübte Verletzungen der inländischen Markenrechte anwendbar wäre, wenn der Verletzer ein Ausländer ist. Die Geltendmachung der civilrechtlichen Ansprüche wegen der im Auslande von einem Inländer verübten Verletzung inländischer Markenrechte kann aber auch nicht in dem Sinne beschränkt werden, daß ihre Geltendmachung an die Bedingung der Verpöntheit der Handlung auch nach dem Gesetze des betreffenden Auslandes geknüpft wäre. Dies ist lediglich ein strafrechtlicher Grundsatz, der auch zur Anwendung zu kommen hat, wenn es sich um die Bestrafung der Markenrechtsverletzung handelt.

Vgl. Binding, a. a. O. S. 430. 431.

Die civilrechtlichen Ansprüche sind aber nicht Ausflüsse der Annahme der Strafbarkeit der Verletzungen. Indem das Gesetz dem Berechtigten gegen denjenigen, der außerdem das Warenzeichen für sich hat eintragen lassen, den Anspruch auf Löschung (§. 11) gegen jeden, der das Zeichen oder seine Firma oder seinen Namen zur Warenbezeichnung benutzt oder die so bezeichneten Waren in Verkehr bringt oder feilhält, den Anspruch auf Unterlassung dieser Handlungen gewährt (§. 13) — denn mindestens im praktischen Ziele führt der auf Erklärung oder Nichtberechtigung gerichtete Klagantrag auf eine Zwangsvollstreckung nach §. 775 C.P.O. hinaus, mag man daneben noch einen besonderen Klagantrag auf Unterlassung für erforderlich halten oder ihn in dem im §. 13 statuierten bereits finden —,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 24 S. 228 flg.,

ohne daß diese Ansprüche eine Verschuldung des Störenden zur Voraussetzung haben, gewährt es seinen civilrechtlichen Schutz für das Eigentum und charakterisiert das geschützte Recht als ein absolutes, mit

der Negatorienklage verfolgbares. Daß die Entschädigungsforderung im §. 14 a. a. O. von einer Verschuldung abhängig gemacht wird, ändert an dieser Grundauffassung der Natur des Schutzes nichts, wie ja auch bei der Eigentumsstörung der Ersatz des durch die Störung bewirkten Schadens nach der herrschenden Meinung ein Verschulden voraussetzt. Zugleich liefert aber diese Auffassung der geschützten Berechtigung wiederum einen Beweis für die Nichtbeschränkung des Schutzes auf im Inlande bewirkte Störungen. Kann ein im Inlande befindliches Eigentum vom Auslande aus gestört werden, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch gegen diese Störungen zum mindesten dann soll negatorisch geklagt werden können, wenn der Störende ein Inländer ist, der wegen dieser Eigenschaft die betreffende Berechtigung als ein durch die ihn verbindenden Gesetze geschütztes, absolutes Recht anerkennen muß. Natürlich ist von dem Falle, daß die Störung nach dem ausländischen Rechte bloß ohne Ahndung geduldet wird, der Fall durchaus verschieden, daß nach diesem Rechte gerade der als Störer in Anspruch Genommene als der Andere ausschließende Berechtigte in bezug auf das Zeichen, den Namen oder die Firma gilt. Alsdann liegt eine Kollision zwischen zwei Prätendenten vor, bei deren Lösung in Betracht kommen wird, inwieweit der als Störer in Anspruch Genommene eine Berechtigung in gutem Glauben hat erwerben können oder, falls er sie etwa auf Grund eines Vertrages vom Kläger erworben, noch jetzt diesem gegenüber aufrechterhalten kann. Der hier vertretenen Auffassung des Markenschutzgesetzes, welche übrigens im wesentlichen auch von Kohler (das Recht des Markenschutzes S. 446) vertreten wird, stehen auch nicht, wie die Instanzgerichte annehmen, bisherige Entscheidungen des Reichsgerichtes entgegen. Das in Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 S. 74 flg. abgedruckte Urteil des zweiten Civilsenates enthält durchaus nichts, was als Übereinstimmung mit der Ansicht der Instanzgerichte gedeutet werden könnte. Im Gegenteile lassen sich die einzigen Betrachtungen, welche über den dort verhandelten, den Sinn der §§. 3. 9 des Markenschutzgesetzes betreffenden, Fall hinaus allgemeinerer Natur sind, Seite 76 Zeile 18—22 von oben und Seite 77 Zeile 15—20 von oben, gerade im Sinne der hier vertretenen Auffassung verstehen, da hier ausdrücklich betont wird, daß das Recht auf Markenschutz nicht bloß für den Verkehr in Dentschland, sondern überhaupt im Verkehre, also auch beim Absatze der Ware im Auslande, geltend gemacht werden

dürfe. In dem in derselben Streitsache sodann am 29. November 1881 ergangenen ferneren Urteile desselben Senates (Rep. II. 394/81) heißt es allerdings bei Beurteilung einer Rechtsansicht in einer von der vorliegenden weit abliegenden Komplikation, „es ließen sich Zweifel gegen dieselbe herleiten teils aus der eigentümlichen Natur des in Frage stehenden Rechtsschutzes, der sich nur auf das Inland erstreckt und, sofern nicht Staatsverträge anders bestimmen, nur Inländern gewährt wird ꝛc." Es kann dahin gestellt bleiben, welche Bedeutung in jenem Zusammenhange der Erstreckung nur auf das Inland beigemessen ist. Einen Entscheidungsgrund hat jene Betrachtung damals nicht gebildet, da nach Aufwerfung der möglichen Zweifel doch die Rechtsansicht, auf welche sich die Zweifel bezogen, gebilligt wurde, und der Fall, daß der Störer im Auslande ein Inländer, ist auch in jener Betrachtung keinesfalls berührt. Die gelegentliche allgemeine Bemerkung in Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 24 S. 295 läßt eine bestimmte Auffassung des damals zur Entscheidung eines ganz anderen Falles berufenen Gerichtshofes über die jetzt vorliegende Frage nicht erkennen. Erscheint daher der Grund des Berufungsgerichtes für die Abweisung der Klage nicht zutreffend, so konnte es sich nur noch fragen, ob die getroffene Entscheidung sich etwa aus anderen Gründen als richtig darstellt. Hier konnte aber nur geprüft werden, ob die Qualifizierung des unterstellten Handelns des Beklagten als intellektuelle Urheberschaft oder Miturheberschaft in bezug auf die in Amerika von T. & Co. bewirkte Bezeichnung der Flaschen mit dem Namen Johann Hoff oder Joh. Hoff sich als rechtlich unmöglich darstellt. Es erscheint aber die Auffassung durchaus rechtlich zulässig, wonach Beklagter, obwohl die Bezeichnung des Bieres mit Johann Hoff's oder Joh. Hoffs Maltextract erst in New-York seitens seiner Abnehmer T. & Co. erfolgte, selbst als Urheber oder Miturheber jener Bezeichnung und des Inverkehrbringens der so bezeichneten Waren anzusehen ist, wenn dies infolge einer Verabredung mit dem Beklagten, der zum Zwecke des Inverkehrbringens mit solcher Bezeichnung an T. & Co. das Bier übersandte, geschah, wenn insbesondere Beklagter die Zusendung des Bieres an T. & Co. in Ausführung eines Vertrages mit diesen unternahm, der gerade den Vertrieb von Bier, welches als Johann Hoffsches bezeichnet werden durfte, zum Gegenstande hatte und T. & Co. sowohl berechtigen wie auch verpflichten sollte, das bezogene Bier gerade unter der Bezeichnung als Johann Hoff's Maltextract zu verkaufen."

8. 1. Ist bei der offenen Handelsgesellschaft, bezw. Kommanditgesellschaft, die Übertragung eines Gesellschaftsanteiles Veräußerung eines Sachenmiteigentumes mit Besitzübertragung oder Abtretung eines Forderungsrechtes?

2. Welches örtliche Recht entscheidet über die Schenkungsform, wenn die schenkungsweise Übereignung des Anteiles an einer in Altpreußen bestehenden Handelsgesellschaft seitens eines im Gebiete des gemeinen Rechtes wohnhaften Gesellschafters an seinem Wohnorte erklärt ist?

3. Findet auf eine Schenkung von Todes wegen die Vermutung des Art. 274 H.G.B. Anwendung?

I. Civilsenat. Urt. v. 6. Oktober 1886 i. S. B. (Bekl.) w. Witwe B. (Kl.) Rep. I. 239/86.

I. Landgericht Münster.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Der 1868 verstorbene Ehemann der Klägerin, B. sen., wohnte bis zu seinem Tode in Zwischenahn im Großherzogtume Oldenburg. Er hatte im Jahre 1856, zu welcher Zeit sein Sohn Johann Heinrich B., der jetzige Beklagte, zu Borghorst in Westfalen mit dem Kaufmann R. unter der Firma R., B. & Co. eine Stärkerei betrieb, mit dieser Firma und noch sechs anderen Personen einen Gesellschaftsvertrag geschlossen, inhalts dessen unter entsprechenden Einlagen aller Beteiligten, darunter des B. sen. mit 15 000 Thlr., auf der Grundlage jenes Fabriketablissements, welches der Firma R., B. & Co. als Einlage zu 45 000 Thlrn. angerechnet wurde, ein zu einer Garnspinnerei erweiteter Geschäftsbetrieb unter der Firma „Baumwollen-Garn-Spinnerei und Stärkerei R., B. & Co." und unter alleiniger Geschäftsführung der Inhaber der bisherigen Firma R., B. & Co. stattfinden sollte. Der Tod eines Gesellschafters sollte auf das Fortbestehen der Gesellschaft keinen Einfluß haben, vielmehr sollten an Stelle des Verstorbenden dessen Erben treten. Jedem Teilnehmer war übrigens auch der Verkauf seines Anteiles, jedoch unter einem Vorkaufsrechte der übrigen Gesellschafter, gestattet. Nach Einführung des Handelsgesetzbuches in Preußen erfolgte auf Anmeldung der beiden früheren Inhaber der Firma R., B. & Co. die Eintragung der Gesellschaft unter der neuen Firma als eine lediglich

unter diesen beiden bestehenden offenen Handelsgesellschaft unter bloßer Erwähnung, daß auch andere Personen als stille Gesellschafter beteiligt seien. Nachdem B. sen. mit Hinterlassung von acht Kindern verstorben, hat Klägerin, welcher der lebenslängliche Nießbrauch des Nachlasses ihres Ehemannes zusteht, nachdem sie längere Zeit auf eine gütliche Auseinandersetzung gewartet, gegen den Beklagten, auf den 1878 gemäß der Eintragung im Handelsregister durch Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses mit R. das Geschäft mit der Firma allein übergegangen, Klage mit dem Antrage erhoben, über den auf den Anteil ihres verstorbenen Ehemannes an dem Fabrikgeschäfte seit dem Todestage desselben — dem 5. Oktober 1868 — erzielten Nettogewinn gehörigen Nachweis durch Vorlegung der jährlichen Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen zu geben und ihr diesen Nettogewinn herauszuzahlen. Der Beklagte wendete ein, der Verstorbene, sein Vater, habe stets versprochen, seinen Geschäftsanteil ihm zu übertragen, habe dies auch einige Zeit vor seinem Tode durch eine mündliche Erklärung unter dem Vorbehalte gethan, daß ihm, dem Vater, der Genuß des Anteiles auf Lebenszeit bleiben, und daß Beklagter seinen im Geschäfte thätigen Bruder Karl zur Hälfte daran partizipieren lasse. Zum Beweise, daß der Vater diese Übertragung als geschehen sodann auch schriftlich anerkannt habe, überreichte Beklagter eine privatschriftliche Urkunde, datiert Zwischenahn, 27. Juli 1868, mit dem Namen des Vaters unterzeichnet, welche lautet: „daß ich meine Fabrikanteile in Berghorst ad 15 000 Thlr. meinen Söhnen Friedrich und Karl für den Fall meines Absterbens abgetreten habe, bescheinige ich." Klägerin bestritt die Rechtsgültigkeit einer schenkungsweisen Zuwendung in dieser Form und die Parteien legten bei ihren hierauf bezüglichen Ausführungen auf die rechtliche Natur des bestandenen Gesellschaftsverhältnisses Gewicht, welches Klägerin als Beteiligung des Verstorbenen als stillen Gesellschafters, der Beklagte als die eines offenen Gesellschafters oder Kommanditisten charakterisierte. Beide Instanzrichter verurteilten den Beklagten nach dem Klagantrage. Das Reichsgericht wies die Revision des Beklagten, soweit es sich um die Nachweiserteilung über den Nettogewinn handelte, zurück, verurteilte den Beklagten zur Herauszahlung des Nettogewinnes von dem die Summe von $4666^2/_3$ ℳ übersteigenden Betrage des väterlichen Geschäftsanteiles, während in betreff des Anspruches auf Herauszahlung des auf die ersten $4666^2/_3$ ℳ des Geschäftsanteiles entfallenden Netto-

gewinnes die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung — wegen der erforderlichen Erörterungen in bezug auf die bestrittene Echtheit der Schenkungsurkunde und Dispositionsfähigkeit ihres Ausstellers — an das Berufungsgericht zurückverwiesen wurde.

Aus den Gründen:

„Die Gründe der Entscheidung des Berufungsgerichtes, welches den Einwand des Beklagten, sein Vater habe den Gesellschaftsanteil ihm in rechtsgültiger Weise zugewendet, verworfen hat, gehen im wesentlichen dahin, die durch den Vertrag vom 30. September 1856 begründete Gesellschaft sei in bezug auf das Verhältnis aller übrigen Gesellschafter zu den damaligen Inhabern der Firma R., B. & Co. als Kommanditgesellschaft aufzufassen, die vom Beklagten behauptete Zuwendung des väterlichen Gesellschaftsanteiles an ihn sei eine Schenkung von Todes wegen im Sinne des gemeinen Rechtes, ein solches Rechtsgeschäft gehöre nach seiner Natur und seinem Zwecke, auch wenn der Geschenknehmer, wie hier der Beklagte, Kaufmann sei, nicht zum Betriebe des Handelsgewerbes, sodaß die Formfreiheit nach Art. 317 H.G.B. für das Geschäft nicht in Anspruch zu nehmen sei. Für die Entscheidung, welches Gesetz in bezug auf die Form des Rechtsgeschäftes maßgebend wäre, sei erheblich, daß nicht ein Schenkungsversprechen, sondern eine schenkungsweise bereits erfolgte Eigentumsübertragung behauptet werde, und es sei deshalb von den Gesichtspunkten aus, daß der Gesellschaftsanteil rechtlich Miteigentum an der das Gesellschaftsvermögen bildenden und hier in Borghorst im Bezirke des preußischen Landrechtes belegenen Sachengesamtheit sei, in bezug auf welches der Mitbesitz durch den Komplementar ausgeübt werde, daß sich aber der Eigentumsübergang sowohl bei unbeweglichen wie bei beweglichen Sachen und Sachengesamtheiten — und es liege sogar, da ein Fabrikgrundstück einen Hauptbestandteil des Gesellschaftsvermögens bilde, nahe, Miteigentum an einer unbeweglichen Sache anzunehmen — nach dem Rechte des Ortes, wo die Sache belegen, richte, das preußische Landrecht für die Form maßgebend. Danach werde der Mangel gerichtlicher Form bei der Schenkung zwar durch die Übergabe der geschenkten beweglichen Sache gedeckt, es erfordere aber die Übergabe, wenn sie nicht körperlich, sondern durch eine Willenserklärung in der Form der Anweisung oder brevi manu traditio erfolge, bei Gegenständen über 50 Thlr. die schriftliche Form, sodaß die behauptete mündliche Erklärung des B. senior nicht aus-

gereicht habe, das Eigentum auf den Beklagten zu übertragen. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht auf dem Boden dieser Erwägungen die Thatsache der behaupteten schriftlichen Bestätigung der mündlichen Abtretung als die vermißte Schriftform erfüllend zu Unrecht ignoriert worden ist....

Es sind rechtlich unzutreffende Gründe, beruhend auf der Annahme von Grundsätzen in bezug auf das anzuwendende örtliche Recht, die nicht anerkannt werden können, wie auf unzutreffender Beurteilung des Anteiles eines Handelsgesellschafters am Gesellschaftsvermögen in bezug auf die Erfordernisse für seine Übertragung, welche das Berufungsgericht dazu geführt haben, für die Frage der Gültigkeit der Form der Zuwendung das preußische Landrecht anzuwenden.

Will man, wie es das Berufungsgericht thut, die Eigenschaft der Zuwendung als eines Nichthandelsgeschäftes, vermöge deren die Formfreiheit des Art. 317 H.G.B. unanwendbar, aus der spezifischen Natur der Schenkung von Todes wegen herleiten, indem man es dahingestellt läßt, ob das Gleiche schon bei der Schenkung schlechthin zutrifft, so muß die Untersuchung, welches örtliche Recht anzuwenden ist, an die Spitze gestellt werden, da der Begriff der Schenkung von Todeswegen nach gemeinem und nach preußischem Rechte ein verschiedener ist, indem der Vorbehalt freien Widerrufes für den Begriff nach preußischem Rechte wesentlich ist (§§. 1135. 1136 A.L.R. I. 11), nach gemeinem Rechte aber nicht,

vgl. Windscheid, Pandekten §§. 675. 369 Note 5,

während, falls die Zuwendung im vorliegenden Falle stattgefunden hat, sie nach den Umständen und dem Ausdrucke der Urkunde „abgetreten habe" — die Frage ihrer Wirkungslosigkeit im Falle eines Versterbens der Geschenknehmer vor dem Schenker zunächst dahingestellt — wohl als eine unter Verzicht auf den Widerruf geschehene anzusehen wäre.

Für die Frage, welches örtliche Recht anzuwenden, ist es aber allerdings von Belang, ob man mit dem Berufungsgerichte annimmt, es habe sich die Übertragung eines Gesellschaftsanteiles bei denjenigen Handelsgesellschaften, bei welchen die Gesellschafter die Subjekte des Gesellschaftsvermögens sind, durch Übergabe der am Sitze der Gesellschaft belegenen, deren Vermögen bildenden Sachengesamtheit in bezug auf den ideellen Anteil des Übertragenden daran zu vollziehen. Dies konnte nicht angenommen werden, sodaß es hier dahingestellt bleiben

kann, ob nicht etwa das vorliegende Gesellschaftsverhältnis, soweit es sich um die Teilnahme anderer Personen als der ehemaligen Inhaber der Firma R., B. & Co. handelt, als ein stilles Gesellschaftsverhältnis im Sinne der Artt. 250 flg. H.G.B. anzusehen wäre, in welchem Falle es keinem Zweifel unterliegen würde, daß die Übertragung des Anteiles des stillen Gesellschafters nichts anderes als die Abtretung eines Forderungsrechtes wäre. Bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft ist freilich, wenn man diese Gesellschaften nicht als juristische Personen, vielmehr die Gesellschafter als die Subjekte des Gesellschaftsvermögens ansieht, die rechtliche Qualifizierung des begrifflichen Inhaltes des Vermögensanteiles des einzelnen Gesellschafters nicht ohne Schwierigkeiten. In dem in Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. 9 S. 143 flg. abgedruckten Urteile ist als sachenrechtliche Gestaltung die eines Gesamteigentumes aller Gesellschafter, das sich aber nicht in ideelle Eigentumsteile der einzelnen Gesellschafter zerlegen lasse, angenommen. Neuerdings ist die Ansicht vertreten worden, es liege doch ein Miteigentum jedes einzelnen Gesellschafters pro indiviso vor, indem dieser Begriff dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß die ideellen Quoten sich fortdauernd änderten und ihr Umfang auch nicht jederzeit bekannt sei, da er doch durch einen Rechnungsabschluß jederzeit festgestellt werden könne.

Vgl. Laband in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 31 S. 40 flg. Eine Prüfung dieser letzten Konstruktion nach den Ergebnissen, zu denen sie führen würde, insbesondere wenn man den Fall unterstellt, daß jemand wissentlich eine fremde Sache als seine eigene gegenüber gutgläubigen Mitgesellschaftern in die Gesellschaft eingebracht hat, kann hier dahingestellt bleiben. Gleichviel auf welchen Begriff man den Vermögensanteil des Gesellschafters vom sachenrechtlichen Standpunkte aus dogmatisch zu bringen hat, für seine rechtsgeschäftliche Behandlung kann nur die äußere Gestalt entscheiden, in welcher er im Gesetze auftritt. Diese ist aber die eines Forderungsrechtes zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaftsfirma, d. i. zwischen dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter und dem Gesellschaftsfonds (vgl. Artt. 91. 106. 119—122. 130. 131. 141—143. 157. 169. 172 H.G.B.). Der Art. 98 Abs. 2 a. a. O. bezeichnet den Übergang des Vermögensanteiles eines Gesellschafters an einen Dritten selbst dahin, daß er seinen „Anteil abtritt". Nach Art. 130 endet das Anteilsverhältnis des ausscheiden-

den oder ausgeschlossenen Gesellschafters, abgesehen von den laufenden Geschäften, mit dem Zeitpunkte des Ausscheidens oder der Zustellung der Ausschließungsklage. Rechtsgeschäftlich kann man diese Akte nicht als Übertragungen seines ideellen Miteigentums seitens des abgehenden Gesellschafters an die verbleibenden auffassen wollen. Der abgehende Gesellschafter verzichtet auf sein, die anderen einschränkendes aktuelles Recht, bezw. verliert es, und entsprechend diesem Wegfalle erweitern sich die Rechte der Zurückbleibenden. Diese Behandlung steht im Einklange mit der Auffassung des vierten Civilsenates des Reichsgerichtes, daß die Übertragung eines Gesellschaftsanteiles an einem Gesellschaftsvermögen, zu welchem Grundstücke gehören, nicht dem preußischen Immobiliarstempel unterliege.

Vgl. das in Gruchot (Rassow und Küntzel), Beiträge Bd. 28 S. 249 abgedruckte Urteil vom 24. September 1883.

Wäre die Auffassung des Berufungsgerichtes richtig, so hätte dasselbe sich nicht damit begnügen dürfen, die Besitzübertragung zu fordern, vielmehr, da zu dem Gesellschaftsvermögen ein Grundstück gehört und nach §. 1 des preußischen Gesetzes über das Grundeigentum vom 5. Mai 1872 das Eigentum an einem Grundstücke im Falle freiwilliger Veräußerung nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuche erworben werden kann, dies Erfordernis stellen müssen. Damit hätte sich die Unhaltbarkeit der Auffassung ergeben. Denn gerade daraus, daß für solche Auflassung und Eintragung des Miteigentumes kein Raum ist, weil die Handelsgesellschaft das Grundstückseigentum unter ihrer Firma erwerben kann (Art. 111 H.G.B.,) und in der Regel auf den Firmennamen eintragen lassen wird, ergiebt sich, daß der Nacherwerber des gesellschaftlichen Vermögensanteiles das Recht am Gesellschaftsvermögen, welches das Berufungsgericht als Miteigentum an der Sachengesamtheit bezeichnet, eben nicht auf dem Wege der Übertragung eines Sacheneigentumes, sondern auf dem einer Rechtsabtretung, eines Eintrittes in die Firma statt des Ausscheidenden, unter Genehmigung der übrigen Gesellschafter erwirbt. Diese Genehmigung war hier im voraus im Gesellschaftsvertrage, vorbehältlich eines Vorkaufsrechtes, das nicht in Frage kommt, erteilt, sodaß es dahingestellt bleiben kann, ob es auch bei Abtretung des Geschäftsanteiles an einen Erben gelten sollte.

Das Berufungsgericht macht aber auch von dem den Grundsätzen

betreffend den räumlichen Geltungsumfang eines Gesetzes angehörigen Satze, daß sich der Eigentumsübergang an Sachen nach dem Rechte des Ortes, wo die Sache belegen, richte, eine unrichtige Anwendung, wenn es aus demselben herleitet, daß sich die Form einer Schenkung, wenn diese eine Sache betrifft und die Sache durch den Schenkungsakt bereits in das Eigentum des Geschenknehmers übergehen soll, nach dem Gesetze des Ortes, wo die Sache belegen, richte, wenn auch die Schenkung an einem anderen Orte errichtet sei. Die besonderen Grundsätze, welche in bezug auf Immobilien gelten (§. 115 preuß. A.L.R. I. 5), kommen hier nicht in Betracht, da die Übertragung des Gesellschaftsanteiles nicht als Übertragung eines Miteigentumes an dem zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Immobile anzusehen ist, wie denn nach dem eben Ausgeführten eine Prüfung des für die Ermittelung des örtlichen Rechtes vom Berufungsgerichte für maßgebend erachteten sachenrechtlichen Satzes überhaupt nur unter der Unterstellung erforderlich ist, daß man das im Gesellschaftsanteile enthaltene Forderungsrecht gegen die in Preußen wohnhafte Gesellschaft, bezw. gegen das dort belegene Gesellschaftsvermögen — etwa unter Heranziehung des §. 24 C.P.O. — einer in Preußen belegenen Sache gleichstellen wollte. Gewiß sind die sachenrechtlichen Grundsätze, welche ein Gesetz aufstellt, die ausschließlich maßgebenden für das rechtliche Schicksal aller Sachen, die sich innerhalb des räumlichen Geltungsumfanges des Gesetzes befinden, aber eben auch nur die sachenrechtlichen, diejenigen allgemeinen Vorschriften, die allein das dingliche Recht zum Gegenstande haben, wie die Fähigkeit einer Sache, zum Eigentum erworben zu werden, die Erfordernisse der Eigentumsübertragung und des Erwerbes eines Pfandrechtes oder von Servituten, der Inhalt dieser Rechte, der Erwerb durch Ersitzung, die Eigentumsklage. Etwas Weitergehendes sagen auch die vom Berufungsgerichte angezogenen Schriftsteller nicht.

Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 S. 53; Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht 4. Aufl. Bd. 1 S. 60; vgl. auch Savigny, System Bd. 8 S. 169 flg. 181 flg.; Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 224.

Wenn aber ein Gesetz für eine Kategorie von Rechtsgeschäften als Akte der Begrundlagung einer Vermögensänderung, gleichviel ob die Vermögensänderung in der Begründung einer Geldschuld oder in der Übertragung einer Sache und letzteren Falles zunächst erst in der Begrün-

dung einer Verpflichtung zur Übertragung oder in der sofortigen Übertragung der Sache bestehen soll, in Rücksicht auf die ökonomische Natur dieser causa eine Errichtungsform vorschreibt, so ist dieses Gesetz nicht deshalb im einzelnen Falle ein sachenrechtliches im obigen Sinne, weil in dem betreffenden Falle als Erfolg des Rechtsgeschäftes der sofortige Übergang des Eigentumes an einer Sache bezweckt wird. Ein Gesetz über die Form von Schenkungen ist nicht deshalb, weil durch die Schenkung im einzelnen Falle eine bewegliche Sache übertragen werden soll, in solchem Falle ein Gesetz über die Form der Eigentumsübertragung von Mobilien. Man muß vielmehr die Formen über die Begründung des Rechtes auf Eigentumsübertragung von den Formen des Vollzuges der Eigentumsübertragung scheiden. Entspricht die im Gebiete des gemeinen Rechtes über eine im altländischen Preußen belegene bewegliche Sache errichtete Schenkung den Formerfordernissen des gemeinen Rechtes, so wird freilich mangels einer Besitzübertragung der Eigentumsübergang nicht vollzogen, weil das preußische Landrecht für den Eigentumsübergang das Erfordernis der Tradition aufstellt. Hieraus mögen Kollisionen entstehen können, welche den Geschenknehmer um die Sache bringen, insbesondere, wenn der Schenker nachher die Sache einem gutgläubigen Erwerber, entsprechend den Erfordernissen des preußischen Rechtes, zu Eigentum übertragen hat. Wenn aber, wie im vorliegenden Falle, es sich lediglich um das Verhältnis zwischen dem Geschenknehmer und dem Schenker, bezw. den Erben des letzteren, handelt, so würde aus jenem Mangel nur folgen, daß der Schenker infolge der Schenkung verpflichtet ist, noch diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche den Eigentumsübergang entsprechend dem preußischen Rechte bewirken. Es kann daher nur das allgemeine, die Form eines Rechtsgeschäftes betreffende Prinzip zur Anwendung kommen, wonach es genügt, wenn entweder die Form des Gesetzes des Ortes, an welchem das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die des Gesetzes des Ortes, welchem das durch das Rechtsgeschäft begründete Rechtsverhältnis angehört, erfüllt ist.

Vgl. Savigny, System Bd. 8 S. 349 flg.; Stobbe, a. a. O. S. 220 flg.; Bar, Internationales Privat- und Strafrecht S. 124; Förster-Eccius, Privatrecht Bd. 1 S. 62 Note 29; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 S. 323.

Von beiden Standpunkten aus kommt man aber lediglich zur Anwendung des in Zwischenahn geltenden Rechtes. Daselbst hat nach der

eigenen Angabe des Vertreters des Beklagten die Erklärung der Übertragung des Gesellschaftsanteiles stattgefunden, wie denn auch die überreichte Urkunde von dort datiert ist, sodaß, wenn man annähme, es sei das Rechtsgeschäft unter Abwesenden durch Übersendung dieser Urkunde an den Beklagten nach Borghorst zustande gekommen, doch gemäß §. 112 preuß. A.L.R. I. 5 Zwischenahn der maßgebende Ort wäre. Bei Ermittelung des Ortes, welchem das durch das Rechtsgeschäft begründete Rechtsverhältnis angehört, oder, wie es auch ausgedrückt wird, an welchem dieses Rechtsverhältnis wirksam werden soll, muß man sich gegenwärtig halten, daß es sich dabei lediglich um dasjenige Rechtsverhältnis handelt, welches im Sinne einer Berechtigung und entsprechenden Verpflichtung für den einen Kontrahenten des Rechtsgeschäftes gegen den anderen entsteht, und nicht um dasjenige Rechtsverhältnis, welches etwa vermöge jenes Rechtsgeschäftes als eines zur Übertragung bestehender Rechte gegen einen Dritten bestimmten zwischen dem Erwerber und dem Dritten entstehen soll. Ist daher das Rechtsgeschäft die Abtretung eines gegen einen Dritten bestehenden Forderungsrechtes, so ist der Ort, dem dieses Abtretungsgeschäft angehört, nicht der Ort, an welchem der debitor cessus dem abgetretenen Forderungsrechte zu genügen hat, sondern der Ort, an welchem der Cedent die zur wirksamen Übertragung des Rechtes etwa noch ausstehenden Handlungen zu leisten hat, also der Regel nach und jedenfalls, wenn wesentliche, anderwärts vorzunehmende Handlungen gar nicht mehr ausstehen, der Ort des Domizils des Cedenten.

Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 10 Nr. 220 (O. A. G. Lübeck); Stobbe, a. a. O. S. 233.

Wäre nun die vorliegend behauptete Übertragung durch Schenkung ihrer rechtsgeschäftlichen Natur nach auf Übertragung eines Miteigentumes des B. sen. an der das Gesellschaftsvermögen bildenden Sachengesamtheit gerichtet, so möchte es, wenn auch diese Sachengesamtheit als in Borghorst liegend zu erachten wäre, doch zweifelhaft sein, ob das Geschäft örtlich nach Borghorst gehört, da bei dem vorhandenen Gesellschaftsverhältnisse B. sen. eine körperliche Übergabe seines Sachenanteiles nicht vornehmen, vielmehr dieselbe nur durch Willenserklärungen, wie Anweisung oder brevi manu traditio, bewirken, diese aber an seinem Wohnorte vollziehen konnte. Da nach dem Ausgeführten aber der rechtsgeschäftliche Akt nur in der Abtretung eines Forderungsrechtes beruht,

so ergiebt sich als der allein maßgebende Akt vom Standpunkte der örtlichen Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses der des Domizils des B. sen.

Geht man nun von dem in Zwischenahn geltenden gemeinen Rechte aus, so charakterisiert sich das behauptete Rechtsgeschäft nach seinem Inhalte und seinen Wirkungen als Schenkung von Todes wegen. Das entscheidende Merkmal einer solchen Schenkung beruht nach gemeinem Rechte, gleichviel ob auf den Widerruf verzichtet ist oder nicht, ob der Gegenstand der Schenkung sofort übergeben ist oder nicht, in der gewollten Wirkungslosigkeit der Schenkung, falls der Geschenkgeber den Geschenknehmer überlebt.

Vgl. l. 35 §. 2 Dig. 39, 6; l. 13 §. 1. l. 27. l. 35 §. 4 eod.; Nov. 87 cap. 1; Windscheid, Lehrbuch §§. 675. 369 sowie Note 5; Vangerow, Pandekten Bd. 2 S. 562; Unger, Österr. Privatrecht Bd. 6 §. 77 S. 322 flg., insbesondere Note 15; Wächter, Pandekten §. 322.

Dies ist auch im vorliegenden Falle, wenn man dabei den Inhalt des Gesellschaftsvertrages und der letztwilligen Verfügung des B. sen. berücksichtigt, als Wille des B. sen., falls er die behauptete Schenkung errichtet hat, anzunehmen. Er wollte alsdann, daß sein Gesellschaftsanteil nicht auf alle seine Erben überging, sondern den beiden zufiel, die seine Söhne und zugleich bereits an dem Gesellschaftsunternehmen, der eine als Hauptgesellschafter, der andere am Gesellschaftsbetriebe beteiligt waren. Daß er, auch wenn diese beiden vor seinem Ableben stürben, sich die anderweitige Verfügung über den Gesellschaftsanteil entzogen und diesen auf die Erben der Geschenknehmer übergehend erachtet hätte, von denen es mindestens höchst zweifelhaft war, ob sie ihren Erblassern in deren Funktionen folgen konnten, ist nicht anzunehmen. Die Schenkung von Todes wegen im Sinne des gemeinen Rechtes hat aber, wenn sie auch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist, in vielen Beziehungen die Wirkung einer letztwilligen Verfügung und wird in vielen Punkten, insbesondere, was die Verpflichtung des Geschenknehmers, zu den Erbschaftsschulden beizutragen, die Beitragspflicht zur falzidischen Quart, die Gleichstellung mit einem Vermächtnisnehmer den Noterben gegenüber, das Erfordernis der Kapazität, die Möglichkeit der Beschwerung des Geschenknehmers mit einem Vermächtnisse, das Accrescenzrecht mehrerer Geschenknehmer, das Erfordernis der Fähigkeit zur Testamentserrichtung seitens des Schenkers, materiell wie eine Nachfolge von Todes wegen behandelt.

Vgl. l. 17 Dig. 39, 6; ll. 9. 35 pr. 37, 7, 15 eod.; l. 66 §. 1 Dig. 35, 2; ll. 1. 2 Cod. 8, 57; l. 5 Cod. 6, 50; l. 1 §. 1 Dig. 38, 5; l. 3 pr. l. 5 §. 7. l. 20 pr. Dig. 37, 5; l. 18 §. 1 Dig. 37, 4; l. un. §. 14 Cod. 6, 51; l. 32 §§. 7. 8 Dig. 24, 1; l. 1 §. 1 Dig. 27, 3.

Auf ein in dieser Weise qualifiziertes, dem Vermächtnisse verwandtes Geschäft läßt sich die Präsumtion des Art. 274 H.G.B. nicht anwenden. Gleichviel ob der Schenker oder der Geschenknehmer oder jeder von beiden Kaufmann ist, ob der Schenker durch die Schenkung sich des Betriebes des Handelsgewerbes entschlägt, der Geschenknehmer den geschenkten Gegenstand zum Zwecke des Betriebes des Handelsgewerbes annimmt, diese thatsächliche Inbeziehungsetzung erscheint unerheblich, wenn das Geschäft vermöge seiner inneren Natur als ein der allgemeinen Bethätigungssphäre des Rechtes der Persönlichkeit angehöriges einen handelsgewerblichen Charakter nicht haben kann. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob in demselben Sinne zu entscheiden wäre, wenn das Geschäft als einfache Schenkung zu charakterisieren wäre, ob B. sen., wenn er auch nur Kommanditist gewesen wäre, bei einem Handeln in bezug auf das gesellschaftliche Handelsgewerbe als Kaufmann hätte angesehen werden müssen, ob endlich, soweit es auf eine Kaufmannsqualität des Beklagten als des Geschenknehmers ankäme, dieselbe etwa unter dem Gesichtspunkte, daß auch der offene Handelsgesellschafter nur in betreff des gesellschaftlichen Handelsgewerbes als Kaufmann zu gelten hätte, deshalb auszuschließen gewesen wäre, weil die Annahme der Schenkung des einem anderen gehörigen Gesellschaftsanteiles seitens des Beklagten nur eine Beziehung zu seiner Person, nicht zu dem von ihm betriebenen gesellschaftlichen Handelsgewerbe habe.

Da hiernach die Formfreiheit des Art. 317 H.G.B. außer Anwendung bleiben muß, so kommt die gemeinrechtliche Vorschrift zur Anwendung, daß die Schenkung mangels gerichtlicher Insinuation hinsichtlich des Betrages über 500 solidi = $4666^2/_3$ ℳ,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 S. 313, Bd. 5 S. 146, Bd. 8 S. 145,

nichtig ist, dagegen bis zu diesem Betrage, weil es hierfür keiner besonderen Form bedarf, gültig bleibt.

Vgl. a. a. O. Bd. 5 S. 146.

Daß die Formfreiheit, soweit es sich um den Betrag bis zu 500 solidi handelt, auch für die Schenkung von Todes wegen, trotz der für diese zugelassenen besonderen Form, gilt, hat der I. Civilsenat des Reichsgerichtes bereits in dem in Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. 15 S. 217 flg. abgedruckten Urteile ausgesprochen. Demnach würde, wenn die Schenkung stattgefunden hat, an dem Gesellschaftsanteile des B. sen. ein Miteigentum des Beklagten bezw. des Karl B. in der Weise entstanden sein, daß diese beiden daran in Höhe von $4666^2/_3$ ℳ, dagegen B. sen. bezw. dessen Erben in Höhe des bei Abzug von $4666^2/_3$ ℳ vom Betrage des Geschäftsanteiles verbleibenden Betrages partizipierten (l. 34 §. 2. Cod. 8, 54). Danach ergiebt sich, daß die Revision insoweit unbegründet ist, als Beklagter zur Führung des Nachweises über den seit dem Tode des B. sen. auf dessen Gesellschaftsanteil erzielten Nettogewinn an Klägerin verurteilt worden ist. Denn da dieser Gesellschaftsanteil als sich auf 15 000 Thlr. belaufend bezeichnet wird, ohne daß Beklagter eine Minderung desselben behauptet hat, darf davon ausgegangen werden, daß er zu der für die Parteien maßgebenden Zeit den Betrag der auf die Geschenknehmer entfallenden $4666^2/_3$ ℳ überstiegen hat und an dem die $4666^2/_3$ ℳ übersteigenden Betrage steht der Klägerin jedenfalls der Nießbrauch zu ..... Dagegen konnte es mit Rücksicht auf den eventuellen Bestand der Schenkung in Höhe von $4666^2/_3$ ℳ dabei, daß Beklagter zur Herauszahlung des auf den ganzen Gesellschaftsanteil seit dem Tode des B. sen. erzielten Nettogewinnes verurteilt worden, zunächst nicht verbleiben. Vielmehr war unter Aufhebung dieses Teiles des Berufungsurteiles zunächst nur auszusprechen, daß der Klägerin der Nettogewinn von dem Betrage des Gesellschaftsanteiles, der nach Abzug von $4666^2/_3$ ℳ verbleibt, herauszuzahlen ist. Darüber, ob sie den Nettogewinn auch von dem Betrage von $4666^2/_3$ ℳ erhält, konnte zur Zeit eine Endentscheidung noch nicht getroffen werden, da noch über die Echtheit der Urkunde vom 27. Juli 1868, sowie über die Zurechnungsfähigkeit des B. sen. zur Zeit der Schenkung Streit besteht." ...

9. Ist, wenn in Veranlassung einer Herabsetzung des Grundkapitales einer Aktiengesellschaft bei Zusammenlegung je einer gewissen Anzahl von Aktien je eine dieser Aktienurkunden auf einen höheren Nominalbetrag als den ursprünglichen abgestempelt wird, von diesem ganzen neuen Nominalbetrage die Stempelabgabe nach dem Tarifsatze 1 des Reichsstempelgesetzes vom 3. Juni 1885 zu entrichten?

VI. Civilsenat. Urt. v. 11. Oktober 1886 i. S. der Aktiengesellschaft D. K. (Kl.) w. den Königl. sächs. Staatsfiskus (Bekl.). Rep. IIIa. 68/86.

I. Landgericht Dresden, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die obige Frage wurde bejaht aus folgenden

Gründen:

... „Es handelt sich um die Frage, ob das Königl. sächsische Hauptsteueramt zu Dresden mit Recht die Entrichtung der Stempelabgabe nach Maßgabe der Pos. I, 1 des Tarifes zu dem Reichsgesetze vom 3. Juni 1885 betreffend die Erhebung von Reichsstempelabgaben von dem Betrage von je 1000 ℳ verlangt habe, auf welchem jede siebente der ursprünglich auf 300 ℳ lautenden Aktien der klagenden Gesellschaft in Veranlassung der Herabsetzung des Grundkapitales derselben unter Einziehung und Vernichtung von je sechs anderen auf 300 ℳ lautenden Aktien abgestempelt worden ist. Diese Frage war ... zu bejahen.

Freilich ist der legislative Grund für die Einführung der Reichsstempelabgabe auf Aktien ohne Zweifel nur in der Absicht zu suchen, die großen Kapitalsbewegungen, welche sich durch die Gründung neuer Aktiengesellschaften oder die Vergrößerung schon bestehender vollziehen, also die „Emissionen" neuer Aktien in dem engeren Sinne, wie der Geschäftsverkehr dieses Wort versteht, den Finanzen des Reiches abgabenpflichtig zu machen; wie dieser legislative Gesichtspunkt auch bei Gelegenheit der Vorarbeiten zu dem betreffenden Reichsgesetze in seiner ersten Fassung, vom 1. Juli 1881, mehrfach zur Sprache gebracht worden ist. Unter diesen Gesichtspunkt würden allerdings die bei einer Herabsetzung des Grundkapitales sich ereignenden Vorgänge, wie hier einer in Frage steht, sicher nicht fallen. Aber hierin allein darf die Entscheidung der Sache nicht gesucht werden. Das Gesetz hat sich nun einmal zur Erreichung seines Zweckes der Einführung eines

Urkundenstempels auf Aktien und die entsprechenden Interimsscheine bedient, und damit ist für die fragliche Abgabenpflicht der Ausgangspunkt gewonnen, daß an sich jede einzelne neu ausgefertigte und ausgegebene Aktienurkunde, jedes einzelne neue „Stück", um mit dem gesetzlichen Tarife zu reden, (wenn auch „nur einmal") der Stempelpflicht unterliegt. Hiergegen kommt nicht in Betracht, daß in §. 4 Abs. 1 des Gesetzes dem Emittenten stempelpflichtiger inländischer Wertpapiere eine besondere Anmeldungspflicht für den Fall, daß solche zur Zeichnung aufgelegt werden, oder zu weiteren Einzahlungen auf solche aufgefordert wird, auferlegt ist; denn bei dieser speziellen Vorschrift ist eben nur an den wichtigsten und gewöhnlichsten Fall der hier fraglichen Abgabenpflicht gedacht; aber daß nicht auch Fälle von Stempelpflichtigkeit vorkommen könnten, bei denen diese besondere Bestimmung keine Anwendung finden kann, folgt daraus in keiner Weise. Allerdings hat der erwähnte legislative Zweck auf den Inhalt des Gesetzes soweit eingewirkt, daß mit Rücksicht auf jenen gewisse Fälle, wo nach der gesetzlichen Regel die Stempelpflicht eintreten würde, besonders davon ausgenommen worden sind; aber der Fall, daß unter Einziehung der zuerst ausgegebenen voll eingezahlten Aktien, sei es wegen Reduktion des Grundkapitales, sei es aus irgend einem anderen Grunde, neue Aktien ausgehändigt würden, kommt unter diesen Ausnahmen nirgends vor. Daher lassen vielmehr die im Tarife enthaltenen Bestimmungen, wonach die für Interimsscheine nachweislich gezahlten Steuerbeträge auf die demnächst etwa fällig werdende Steuer für die Aktien angerechnet werden, und wonach die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ausgegebenen Aktien in Ansehung der vor diesem Zeitpunkte geleisteten Einzahlungen, insofern den vom Bundesrate zu erlassenden Kontrollvorschriften genügt wird, befreit sind, für Fälle der jetzt in Rede stehenden Art den Schluß auf das Gegenteil zu. Dasselbe gilt von der Befreiung, welche im Tarife unter I, 2cc und 3b solchen an sich steuerpflichtigen inländischen Renten- und Schuldverschreibungen, welche nur zum Zwecke des Umtausches ausgestellt werden, unter der Voraussetzung gewährt wird, daß den desfalls vom Bundesrate zu erlassenden Kontrollvorschriften genügt werde, während sich für Aktien keine entsprechende Bestimmung im Gesetze findet. Besonders bedeutsam ist in dieser Richtung noch der Schlußsatz des §. 30 des Gesetzes (§. 21 in der Fassung von 1881). Nach demselben soll der

Bundesrat die Bedingungen feststellen, unter welchen für Stempel auf verdorbenen Wertpapieren Erstattung zulässig ist. Diese Erstattung wäre gar nicht denkbar, wenn nicht davon ausgegangen würde, daß das anstatt des verdorbenen neu auszugebende Wertpapier seinerseits der Stempelpflicht unterläge. Überhaupt kann unmöglich angenommen werden, daß dasselbe Gesetz, welches für gewisse besondere Fälle der Neuausgabe von Aktien ohne neue Einzahlung die Steuerfreiheit bezw. die Rückgewährung der auf die entsprechende alte Aktie schon gezahlten Abgabe von besonderen, vom Bundesrate vorzuschreibenden Bedingungen abhängig macht, in allen übrigen Fällen solcher Neuausgabe die Steuerfreiheit ohne weiteres hätte eintreten lassen wollen.

Im vorliegenden Falle sind nun zwar keine ganz neuen Aktienurkunden über je 1000 ℳ angefertigt und ausgegeben worden, sondern es sind gewisse bisher auf 300 ℳ lautende Aktien durch Abstempelung in solche, die auf 1000 ℳ lauten, umgewandelt worden. Aber dieser Umstand, daß schon gebrauchte Papierstücke zur Anfertigung der auf 1000 ℳ lautenden Aktienurkunden benutzt worden sind, kann rechtlich natürlich keinen Unterschied begründen. Ganz anders würde freilich ein Fall zu beurteilen sein, wo die Herabsetzung des Aktienkapitales einfach in der Weise hätte ausgeführt werden können und ausgeführt worden wäre, daß man jede einzelne Aktie auf einen geringeren als den ursprünglichen Nominalbetrag abgestempelt hätte. Der höhere ursprüngliche Betrag schließt den geringeren Betrag ein, und für den letzteren erscheint daher die solchergestalt abgestempelte Aktie in keinem Sinne als eine neu ausgegebene Urkunde. Deshalb steht die Entscheidung des IV. Civilsenates des Reichsgerichtes in der Sache Rep. IV. 114/85, auf welche die Klägerin sich bezogen hat, welche jedoch einen Fall der zuletzt erwähnten Art zum Gegenstande hatte, in Wirklichkeit keineswegs in Widerspruch mit der hier angenommenen Rechtsansicht. Ist dagegen der Nominalbetrag der einzelnen Aktie mittels Abstempelung *erhöht* worden, so liegt eben der Sache nach eine neue Aktienurkunde zu diesem höheren Betrage vor, und zwar zu dem *ganzen* jetzigen Nominalbetrage, nicht etwa, wie die Klägerin in den vorigen Instanzen eventuell hat geltend machen wollen, nur zu der Differenz zwischen dem früheren und dem jetzigen Nominalbetrage; denn die Aktie als Urkunde kann in dieser Beziehung nur einer einheitlichen Betrachtung unterzogen, und nicht etwa zu einem Teile als bisher schon

im Verkehre befindlich gewesen, zu einem anderen als neu ausgegeben gedacht werden.

Es bleibt endlich noch das Argument zu erörtern, welches die Klägerin aus der oben schon in anderem Zusammenhange erwähnten Befreiung, welche der Tarif zu I, 1 aufstellt, zu ihren Gunsten hat entnehmen wollen. Da die klagende Aktiengesellschaft zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsstempelgesetzes von 1881 schon längst gegründet war und ihre ursprünglichen Aktien ausgegeben hatte, so hat sie geltend gemacht, es liege der Fall vor, daß die sämtlichen Einzahlungen in Ansehung der jetzt neu ausgegebenen Aktien schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes von 1881 geleistet gewesen seien. Daß letzteres sich so verhalte, mag zugegeben werden; auch läßt sich nicht leugnen, daß dann die erwähnte gesetzliche Befreiung bei ganz wörtlicher Auslegung allenfalls hier zuzutreffen scheinen könnte, wenigstens wenn man von der auf die vom Bundesrate zu erlassenden Kontrollvorschriften bezüglichen Klausel absähe. Aber es kann nicht bezweifelt werden, daß die Befreiung ihrem wahren Sinne nach den Fall nachträglichen Umtausches der einmal ausgegebenen Aktien überhaupt nicht begreifen soll, sondern nur die Aktien solcher Gesellschaften im Auge hat, welche zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes zwar schon Einzahlungen auf ihre Interimsscheine entgegengenommen, aber ihre Aktien überhaupt noch nicht ausgegeben hatten; hier sollten die noch auszugebenden Aktien, wie die Interimsscheine, von der Stempelpflicht partiell befreit sein, nämlich soweit jene vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschehenen Einzahlungen reichten. Dieser eingeschränkte Sinn der Befreiung ist äußerlich angedeutet eben durch die Zusammenstellung der Aktien selbst mit den Interimsscheinen; seine innere Notwendigkeit erhellt aus der Betrachtung, daß sonst sich das widersinnige Ergebnis herausstellen würde, daß die beim Inkrafttreten des Gesetzes schon voll eingezahlt gewesenen Aktien für alle Zeiten steuerfrei durch neue Aktienurkunden ersetzt werden könnten, während bei den zu einem Teile oder zu ihrem ganzen Betrage erst später eingezahlten Aktien dies nur für den anderen Teil des Nominalbetrages bezw. gar nicht der Fall sein würde: eine solche Begünstigung der aus der Zeit vor dem Gesetze von 1881 herstammenden Aktiengesellschaften vor den später entstandenen hätte gar keinen inneren Grund für sich. Auch unter diesem Gesichtspunkte läßt sich also das Klagegesuch keinesfalls rechtfertigen." ...

10. Inwieweit ist ungeachtet einer erfolgten Mängelanzeige nach Art. 347 H.G.B. die nachträgliche Rüge von durch jene nicht unmittelbar betroffenen Mängeln der Ware ausgeschlossen?

VI. Civilsenat. Urt. v. 14. Oktober 1886 i. S. K. & W. L. (Bekl.) w. M. Söhne (Kl.). Rep. IIIa. 96/86.

I. Landgericht Stuttgart, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

In einem die verlangte Bezahlung nach Probe verkauften und gelieferten Hopfens betreffenden Prozesse hatte die Beklagte die Probemäßigkeit der gelieferten Ware bestritten. Das Oberlandesgericht behandelte diese Bestreitung als unerheblich, weil die Ware nach Art. 347 H.G.B. wegen Unterlassung rechtzeitiger Mängelanzeige in dieser Beziehung als von der Beklagten genehmigt zu gelten habe, obgleich die Beklagte sofort nach der Ablieferung gerügt hatte, daß der Hopfen nicht — was er nach ihrer Behauptung hätte sein müssen — Saazer Hopfen sei. Hierzu bemerkt das Reichsgericht in seinen

Gründen:

... „Bedenken konnte hier erregen der vom Oberlandesgerichte zur Begründung benutzte Satz, daß der Käufer dem Verkäufer ohne Verzug alle diejenigen Mängel, die er geltend machen wolle, einzeln bezeichnen müsse, sodaß hier durch die Anzeige des einen Mangels, daß der Hopfen kein Saazer Hopfen sei, die Nichtanzeige des anderen Mangels, daß seine Beschaffenheit dem Muster nicht entspreche, nicht gedeckt werde. In seiner allgemeinen Fassung geht dieser Satz zu weit.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 5 S. 262 flg.

Dennoch war die Entscheidung selbst aufrechtzuhalten. Sofort würde jedes Bedenken schwinden, wenn man ... den Saazer Hopfen als eine ganz andere Gattung von Ware als den gelieferten Hopfen auffassen dürfte: dann würde mit der Rüge, daß der gelieferte Hopfen kein Saazer Hopfen sei, überhaupt noch keine eigentliche Qualitätsmonitur im Sinne des Art. 347 H.G.B. erhoben sein. Aber auch wenn man hiervon absieht, so ist doch dem Oberlandesgerichte wenigstens soweit Recht zu geben, daß durch eine Mängelanzeige ganz bestimmten Inhaltes noch nicht die spätere Rüge von Mängeln ganz anderer Art, die auf einem ganz anderen Gebiete liegen, gesichert ist.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 6 S. 329 flg. und Bd. 14 S. 66 flg.

Im gegenwärtigen Falle muß dieser Gesichtspunkt umsomehr entscheiden, als sich die wirklich vorgekommene Mängelanzeige auf eine zwischen den Parteien streitige Bestimmung des im übrigen seinem Inhalte nach nicht streitig gewesenen Kaufvertrages bezog, welche unter der Voraussetzung, daß der im Urteile erster Instanz auferlegte Eid geleistet werden sollte, von der Beklagten mit Unrecht behauptet sein würde." ...

---

11. 1. Findet Art. 223 H.G.B. in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juli 1884 Anwendung, wenn unter der Herrschaft dieses Gesetzes Ansprüche aus einer früheren Geschäftsführung erhoben werden? Hat die Vorschrift des Art. 223 Abs. 1 a. a. O., daß es eines Generalversammlungsbeschlusses auf Erhebung des Anspruches bedürfe, die Bedeutung eines Legitimationserfordernisses für die Klagerhebung?

2. Ist die Angabe über die Beschaffenheit einer Sacheneinlage, welche lediglich bei den Verhandlungen vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages von dem Einbringenden gegen die demnächstigen Mitkontrahenten, um dieselben zur Beteiligung zu veranlassen, gemacht worden ist, eine Zusicherung, aus welcher die Aktiengesellschaft Rechte herleiten kann? Kann aus einer böswilligen Wertsübersetzung der Einlage seitens der Gründer die Aktiengesellschaft gegen diese einen Schadensanspruch mittels der actio doli herleiten? Liegt den Gesellschaftsorganen die Pflicht ob, zur Ermittelung, ob solcher Anspruch besteht, den Gründungshergang nachzuprüfen? (Früheres Recht.)

I. Civilsenat. Urt. v. 16. Oktober 1886 i. S. B. u. Gen. (Bekl.) w. Mälzerei-Aktiengesellschaft in Hamburg (Kl.). Rep. I. 264/86.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 26. Oktober 1881 wurde zu Hamburg unter der Firma „Mälzerei-Aktiengesellschaft in Hamburg" zum Zwecke des Betriebes einer Malzfabrik eine Aktiengesellschaft mit einem Grundkapitale von 500 000 ℳ, bestehend aus 1000 Aktien à 500 ℳ, errichtet. Zehn Personen als die alleinigen Aktionäre vereinbarten das Gesellschafts-

statut, darunter ein gewisser J., der Kaufmann K., der Makler M., der Kaufmann D. und die drei Beklagten. Das Statut enthielt die Bestimmung, daß J. „die von ihm in Hamburg neu erbaute Malzfabrik" mit sämtlichen Gebäuden, Maschinen und dem gesamten Inventar zum Preise von 625 000 ℳ einbrächte und dafür 300 000 ℳ Vollaktien zu erhalten hätte, während die übrigen 325 000 ℳ auf eine auf den Fabrikgrundstücken ruhende hypothekarische Beschwerung gleichen Betrages, welche die Aktiengesellschaft übernähme, angerechnet würden. Die drei Beklagten, von denen jeder 10 Aktien gezeichnet hatte, übernahmen die Funktionen des aus drei Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrates. Nach Eintragung der Aktiengesellschaft wurde am 22. November 1881 zwischen dem Vorstande der Aktiengesellschaft und dem J. ein besonderer, die Überlassung der Fabrik betreffender Kontrakt verlautbart, in welchem die einzelnen die Fabrik tragenden Grundstücke, sowie die Maschinen und Gerätschaften näher bezeichnet, auch die auf die einzelnen Objekte fallenden Teile des Gesamtpreises angegeben wurden. Die Fabrik war, wie alle Beteiligten wußten, zur Zeit erst im Rohbau fertig und ihre innere Einrichtung noch durchaus unvollendet. J. sollte sie bis zum Ende des Jahres 1881 fertig stellen und übergeben. Bereits am 15. November 1881 hatte der Bankier Emil M. in Hamburg mittels eines in den öffentlichen Blättern zum Abdrucke gebrachten Prospektes 800 Stück Aktien der Gesellschaft zum Kurse von 105 %, sowie ein Obligationenkapital von 325 000 ℳ, durch dessen Erlös die hypothekarische Beschwerung getilgt werden sollte, zum Kurse von 102 % zum Verkaufe im Wege der Subskription gestellt. In dem Prospekte war gesagt, daß die Fabrik im Rohbau vollständig fertig und die innere Einrichtung soweit gediehen sei, daß die Betriebseröffnung noch vor Schluß des Jahres erfolgen könne, sowie daß 625 000 ℳ des Aktienkapitales für den Platz, die Gebäude, Maschinen, Geräte und Mobilien, Wagen und Pferde — unter Verteilung des Gesamtpreises in bestimmte Summen für die einzelnen Rubriken — zur Verwendung gelangt seien. In dem Prospekte war ferner eine Rentabilitätsberechnung auf Grundlage einer Jahresproduktion von 54 000 Centner Malz mit dem Ergebnisse einer Dividende von $15^1/_4$ % enthalten und angegeben, daß dieselbe mit großer Vorsicht aufgestellt und von unbeteiligten Fachleuten eingehend geprüft sei. Der Verkauf der ausgebotenen Effekten gelang. Die drei Beklagten erfüllten ihre

Obliegenheiten als Aufsichtsratsmitglieder in der Richtung, daß sie auf rechtzeitige Fertigstellung der Fabrik und auf sorgfältige und vollständige Ausführung derselben und ihrer Ausrüstungsgegenstände drangen. Nach Erledigung verschiedener Erinnerungen wurde die Fabrik von ihnen im Januar 1882 übernommen, nachdem sich auf ihre Veranlassung der Kaufmann D. und der Bankier Emil M. für bestimmte Nachleistungen selbst verpflichtet hatten. Eine Untersuchung der Fabrik durch Sachverständige daraufhin, ob sie zu einer Jahresproduktion von 54 000 Centner Malz befähigt sei, wurde von den Beklagten bei dieser Abnahme und vor Ausantwortung der 600 J.'schen Aktien bezw. des auf dieselben infolge des Verkaufes durch den Bankier Emil M. bei diesem eingegangenen Erlöses nicht veranlaßt. Im Jahre 1883 wurde auf Antrag von Aktionären eine strafrechtliche Untersuchung in bezug auf die Gründung der Gesellschaft und den Verkauf der Aktien mittels des Prospektes eingeleitet. Weiter ergab sich auf Grund der Gutachten von Sachverständigen, darunter von solchen, welche die Bauausführung und die Maschinenanschaffungen bewirkt hatten, daß der Wert der Einlage in vollendetem Zustande höchstens 370 000 ℳ betrug und die Produktionsfähigkeit der Fabrik 34 000 Centner Malz pro Jahr nicht überstieg. Der Wert der Maschinen wurde auf höchstens 45 000 ℳ geschätzt, während für diese zuzüglich der nicht erheblichen Geräte und Mobilien in dem Kontrakte und dem Prospekte von dem Gesamtpreise 95 000 ℳ angesetzt waren. Die bestellten Maschinen entsprachen nur einer Produktionsfähigkeit von jährlich 35 000 Centner Malz. Der Gründungshergang hatte sich in der Weise zugetragen, daß ursprünglich der Kaufmann K. eine Mälzereifabrik in geringem Umfange hatte errichten wollen und sich wegen Verschaffung der Gelder für die Bebauung des dazu gekauften Terrains an den Makler M. gewandt hatte, letzterer, nachdem man das ursprünglich auf eine Produktionsfähigkeit von 24 000 Centner bemessene Projekt auf eine Produktionsfähigkeit von 32—34 000 Centner zu erweitern beschlossen, mit dem Kaufmanne D. in Verbindung getreten war, und nunmehr diese drei Personen die Gründung einer Aktiengesellschaft zur Übernahme der Malzfabrik unter Normierung eines Überlassungspreises, in welchem über den Betrag der wirklichen Aufwendungen für Areal, Baukosten und Maschinenanschaffungen hinaus für jeden von ihnen 40 000 ℳ Provision und eine Provision von 50 000 ℳ für den die Unterbringung der Aktien

beim Publikum übernehmenden Bankier enthalten sein sollten, vereinbart hatten. Der Kaufmann D. hatte die Finanzierung des Unternehmens dem Bankier Emil M. angetragen, der sich dazu bereit erklärte, falls drei Kaufleute von Ansehen sich bereit finden ließen, dem Unternehmen beizutreten und die Funktionen als Mitglieder des Aufsichtsrates zu übernehmen. Der Kaufmann D. hatte hierauf die drei Beklagten nach Vorlegung einer Rentabilitätsberechnung, welche von einer Jahresproduktion von 54 000 Centner Malz ausging, hierzu bewogen. J., der den Beklagten fälschlich als bisheriger Obermälzer einer bekannten Aktienbierbrauerei vorgestellt wurde, und als solcher von ihnen auch für das neue Unternehmen engagiert werden sollte, war ein vermögensloser Verwandter des Kaufmannes K., und von diesem nur vorgeschoben, um als Eigentümer des Areales und Bauherr zu figurieren, während er nur bestimmten Lohn von K. für die Bauaufsicht erhielt. J. war bereits im Januar 1881 in Hamburg nicht mehr anwesend, sodaß die Beklagten vor und bei Übernahme der Fabrik gar nicht mit ihm, sondern mit den drei Anderen verhandelten. Er hat Europa verlassen. Die übrigen Aktienzeichner waren von den drei anderen zugezogene Figuranten. Aus dem Erlöse der durch den Bankier Emil M. verkauften 600 J.'schen Aktien sind die vereinbarten Gründerprovisionen bezahlt worden. Die Agiogewinne aus den verkauften Aktien und Obligationen wurden zwischen dem Kaufmanne D. und dem Bankier Emil M. geteilt. Wider den Kaufmann K., den Makler M., den Kaufmann D. und den Bankier Emil M. wurde Anklage wegen Betruges erhoben, und dieselben sind rechtskräftig wegen dieses Vergehens verurteilt. Der Betrug wurde in den Angaben des Prospektes, daß 625 000 ℳ für den Erwerb der Fabrik zur Verwendung gelangt seien, wobei verschwiegen worden, daß davon 170 000 ℳ vereinbarte Gewinne für die Gründer waren, und daß die Jahresproduktion 54 000 Centner Malz betragen solle, gefunden. Die Aktiengesellschaft erhob nunmehr einen Anspruch auf Ersatz des für sie durch die erhebliche Wertsübersetzung der Einlage entstandenen Schadens gegen die drei Beklagten, davon ausgehend, daß dieselben bei Anwendung der ihnen als Aufsichtsrat obliegenden Sorgfalt vor Ausantwortung der J.'schen Aktien bezw. des Verkaufserlöses derselben den der Bankier Emil M. nur auf Grund ihrer Einwilligung nach Übergabe der fertigen Fabrik an J. und Genossen habe ausantworten dürfen, jenes

arglistige Verfahren hätten entdecken und durch Zurückhaltung der Aktien, bezw. ihres Erlöses, sein Gelingen vereiteln müssen. Insbesondere wurde ihnen zum Vorwurfe gemacht, daß sie nicht die Fabrik vor Ausantwortung des Preises auf die Produktionsfähigkeit von 54 000 Centner Malz pro Jahr, die als der Aktiengesellschaft seitens der Einbringenden zugesichert anzusehen sei, hätten durch Sachverständige untersuchen lassen. Die Beklagten, welche die dem Anspruche zu Grunde liegenden Auffassungen bekämpften, machten außerdem geltend, daß die Klage gegen sie auf Veranlassung des Bankiers Emil M. geführt werde, der infolge seiner Verurteilung wegen Betruges von einer Reihe von Aktienkäufern die Aktien habe zurücknehmen müssen, jetzt im Besitze von zwei Drittel der Aktien, die er zum Teil zu billigen Preisen zurückerworben habe, sei, und wenn dieser Prozeß von der Aktiengesellschaft gewonnen werde, von den Beklagten, den einzig Redlichen, das wiedererhalten würde, was er von seinem unberechtigten Gewinne habe herausgeben müssen. Die Beklagten erachteten aber auch dem Auspruche den Dechargebeschluß entgegenstehend, den für das erste Geschäftsjahr die nach Beendigung desselben zusammengetretene ordentliche Generalversammlung am 13. März 1883 gefaßt habe, wogegen Klägerin erwiderte, daß bei dieser Beschlußfassung die erhebliche Wertsübersetzung und der später aufgedeckte Gründungshergang noch unbekannt gewesen, in der vorgeschlagenen Bilanz die Fabrik von den Beklagten zum Einlagepreise angesetzt gewesen wäre und es gerade die Beklagten gewesen wären, die sowohl in dem vorgelegten Geschäftsberichte wie in der Generalversammlung selbst das bisherige schwache Betriebsergebnis der kurzen Betriebszeit beigemessen und geäußerten Bedenken in betreff der Preisangemessenheit widersprochen hätten. Das Gericht erster Instanz wies die Klage ab. In der Berufungsinstanz wurden, nachdem zunächst die Verhandlung auf den Grund des Anspruches zu beschränken beschlossen worden, die Beklagten solidarisch verurteilt, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden, daß Beklagte dem J. gegenüber die Rechte der Klägerin auf Lieferung einer Malzfabrik mit einer Produktionsfähigkeit von jährlich 54 000 Centner Malz nicht wahrgenommen haben. Auf die Revision der Beklagten hat das Reichsgericht dieses Urteil aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„1. Zunächst mußte sich die Frage erheben, ob für die Geltend-

machung des vorliegenden Anspruches mit Recht der Nachweis, daß ein auf Verfolgung desselben gegen die Beklagten gerichteter Beschluß der Generalversammlung der Aktionäre gefaßt worden, für entbehrlich erachtet worden ist. Die Klage ist erhoben, nachdem das Gesetz vom 18. Juli 1884 betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften in Wirksamkeit getreten war. Der Art. 223 Abs. 1 H.G.B. in der Fassung dieses Gesetzes bestimmt, daß die Ansprüche aus der Gründung sowie gegen die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates aus der Geschäftsführung zu erheben sind, wenn in der Generalversammlung dies mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, deren Anteile den fünften Teil des Grundkapitales darstellen, verlangt wird. Demnach ist, wenn man die Besonderheit des Rechtes der qualifizierten Minderheit beiseite läßt, nach dem neuen Gesetze die Verfolgung solcher Ansprüche von einem darauf gerichteten Mehrheitsbeschlusse der Generalversammlung abhängig, und ist nicht dem bloßen Ermessen anderer Organe anheimgegeben. Wie in dieser Beziehung der Rechtszustand vor dem neuen Gesetze war, kann dahingestellt bleiben. Die Anwendung der Bestimmung des neuen Gesetzes ist nicht auf die Erhebung von Ansprüchen, die auf einer erst unter dem neuen Gesetze stattfindenden Geschäftsführung beruhen, zu beschränken. Der Wortlaut der Bestimmung bietet für eine solche Einschränkung keinen Anhalt. Die gesamte Fassung des neuen Gesetzes, vgl. §. 1 desselben, und seine Tendenz, sowie auch die richtigen Grundsätze in betreff des zeitlichen Herrschaftsumfanges eines neuen Gesetzes stehen einer solchen Einschränkung entgegen. Die betreffende Bestimmung ist eine die Machtvollkommenheit der Gesellschaftsorgane für die Erhebung bestimmter Ansprüche der Gesellschaft regelnde Organisationsbestimmung. Sie ist daher mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes für die Beschließung über die Erhebung aller Ansprüche der betreffenden Art in Kraft getreten, die zur Zeit des Eintrittes des neuen Gesetzes noch nicht erhoben waren. Ob eine andere Auffassung dann angezeigt sein möchte, wenn unter dem früheren Gesetze eine zur Prüfung der fraglichen Geschäftsführung zuständige Generalversammlung einen Beschluß im Sinne der Übertragung der Entschließung, ob der Anspruch zu verfolgen, an das Vertretungs- oder derzeitige Aufsichtsorgan bereits gefaßt hätte, kann dahingestellt bleiben. Ist die Bestimmung des neuen Gesetzes über die Erforderlichkeit des Generalversammlungsbeschlusses

auf Anspruchserhebung anwendbar geworden, sobald unter dem früheren Gesetze noch gar kein Beschluß der Generalversammlung über die Angelegenheit gefaßt worden, so muß dies erst recht der Fall sein, wenn, wie hier, ein Generalversammlungsbeschluß im Sinne der Nichtverfolgung, nämlich der Decharge, ergangen war und nunmehr die Erhebung des Anspruches unter Absehen von jenem Beschlusse, weil derselbe auf Grund unvollständiger und unrichtiger Vorlagen gefaßt worden und deshalb der Gesellschaft nicht entgegenstehe, erfolgen soll. Indessen ist von dem Erfordernisse eines Generalversammlungsbeschlusses auf Erhebung des vorliegenden Anspruches seitens der Instanzrichter deshalb mit Recht abgesehen worden, weil die Erklärung der Beklagten in bezug auf diesen Punkt nach dem Thatbestande des Zwischenurteiles erster Instanz nur dahin gegangen ist, „sie verstellten es übrigens, weil ihnen daran läge, daß in der Sache selbst entschieden werde, und deshalb in formeller Hinsicht ein Einwand nicht erhoben werden solle, zum richterlichen Ermessen, ob den formellen Vorschriften des insoweit anwendbaren Art. 223 des neuen Aktiengesetzes genügt sei". Die Bestimmung des Art. 223 Abs. 1 hat es aber nicht mit der Legitimation für die Verfolgung des Anspruches, sondern nur mit den materiellen Befugnisgrenzen innerhalb der Gesellschaft zu thun. Die Legitimation des Vorstandes der Aktiengesellschaft, namens derselben Ansprüche zu verfolgen, beruht auf Art. 227 H.G.B., der durch Art. 223 Abs. 1 keine Einschränkung erfährt. Natürlich erzeugt der Art. 223 Abs. 1 auch für den zu Verfolgenden das Recht, den Nachweis, daß die Voraussetzungen dieses Gesetzes erfüllt sind, zu fordern, und es kann ein solches Verlangen, wenn ein Generalversammlungsbeschluß nicht ergangen ist und auch nicht nachgeholt wird, zur Abweisung der Klage, bezw., wenn die Anspruchserhebung, statt auf einen Generalversammlungsbeschluß, auf das im Art. 223 Abs. 1 vorgesehene Verlangen der Minderheit gestützt werden soll, und, was hier ungeprüft bleiben kann, nachdem einmal eine Generalversammlung die Decharge beschlossen hatte, wirksam gestützt werden könnte, zur Notwendigkeit, die Erfordernisse des Art. 223 Abs. 2 a. a. O. zu erfüllen, und zwar alsdann unter richterlicher Prüfung ihrer Erfüllung von Amts wegen, führen. Allein das Erfordernis, daß ein Anspruch, wie der vorliegende, einen Generalversammlungsbeschluß oder das qualifizierte Minderheitsverlangen zur Voraussetzung haben solle, ist im Verhältnisse der Gesellschaft zu dem

zu Verfolgenden in dem Sinne ein verzichtbares, daß sich der in Anspruch Genommene auf den vom regelmäßigen Vertretungsorgane der Gesellschaft erhobenen Anspruch ohne Rücksicht auf die Erfüllung jener Voraussetzung einlassen und dadurch in ein wirksames Prozeßrechtsverhältnis zu der Gesellschaft treten kann. Weder aus dem Wortlaute des Gesetzes noch aus dessen Tendenz ist etwas Gegenteiliges zu entnehmen. Die Erklärung der Beklagten ist aber eben dahin gegangen, daß sie aus dem Mangel eines Generalversammlungsbeschlusses auf Anspruchserhebung keinen Einwand gegen den Anspruch herleiten wollten, weil ihnen an der Erlangung einer den Anspruchsgrund treffenden Entscheidung läge.

2. Ohne Gesetzesverletzung hat das Berufungsgericht im Anschlusse an die Gründe des Urteiles erster Instanz angenommen, daß dem klägerischen Anspruche die Beklagten den Dechargebeschluß der Generalversammlung vom 13. März 1883 nicht entgegenstellen könnten, weil dieser Beschluß auf Grund teils unvollständiger, teils irreführender Vorlagen der Beklagten, insbesondere unter Zurückhaltung von Thatsachen, welche das Ergebnis erheblicher Unterwertigkeit der Fabrik gegenüber dem für deren Erwerb verwendeten Aktienkapital nahe legten, erfolgt sei. Das Gericht erster Instanz zieht offenbar im Hinblicke auf die Ausführungen des III. Civilsenates des Reichsgerichtes in Entscheidungen in Civilsachen Bd. 12 S. 77 die Folgerung aus diesen Thatsachen dahin, daß die Decharge auf die Frage des Verhaltens der Beklagten in bezug auf die Wahrnehmung der Rechte der Gesellschaft gegen die Gründer wegen der Minderwertigkeit bezw. geringeren Produktionsfähigkeit nicht zu beziehen sei. Ob der hierin im Einklange mit jenem Urteile bethätigten Auffassung eines Dechargebeschlusses der Generalversammlung in dem einschränkenden Sinne einer sich bloß auf die aus den gemachten Vorlagen erkennbare Geschäftsführung beziehenden und die Entscheidung über die daraus nicht erkennbare Geschäftsführung offen lassenden Entlastungserklärung diesseits beizutreten wäre, kann unentschieden bleiben. Auch wenn man den Dechargebeschluß der Generalversammlung für eine bestimmte Geschäftsperiode auf die gesamte Geschäftsführung während dieser Geschäftsperiode erstreckt und die Unvollständigkeit und Unrichtigkeit der Vorlagen wegen des unrichtigen Urteiles, das sie über die Pflichten, welche den zu Entlastenden oblagen, und deren Erfüllung hervorrufen, nur als zur An-

fechtung dieses Beschlusses wegen Irrtumes oder Dolus geeignete Umstände betrachtet, so entspricht die Beurteilung der Thatsachen seitens der Instanzgerichte dem Vorhandensein solcher Anfechtungsberechtigung.

3. Die Revision mußte aber deshalb für begründet erachtet werden, weil das Urteil, soweit es eine seitens der Gründer erteilte Zusicherung einer bestimmten Produktionsfähigkeit annimmt, deren Erfüllung nicht geprüft zu haben, es den Beklagten zur Last legt, zu der Annahme einer solchen Zusicherung, auf welche die Aktiengesellschaft Rechte auf Gewährung sollte stützen können, ohne Auseinanderhaltung einerseits einer für die Geltendmachung seitens der Aktiengesellschaft bestimmten Zusage, andererseits einer bloß die Erwirkung einer Aktienzeichner- oder Mitgründerbeteiligung gegen den einzelnen Beteiligten gemachten falschen Angabe, in ihren verschiedenen Bedeutungen und Wirkungen, sowie ohne eine ausreichende Würdigung aller nach den Thatbeständen und ihrer Berichtigung in Betracht kommenden Thatsachen gelangt ist, soweit es aber davon ausgeht, daß ein Betrug oder Dolus verübt sei, aus welchem die Aktiengesellschaft hätte gegen die Gründer Rechte geltend machen können, den Beklagten die Nichtgeltendmachung dieser Rechte ohne weiteres als Verschuldung zur Last legt, ohne zu untersuchen, ob denn die Beklagten Anlaß zum Verdachte der geschehenen Verübung solcher Arglist, und demnach zu denjenigen Prüfungen hatten, infolge deren Unterlassung ihnen die Entdeckung der Arglist entgangen sein soll.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß, nachdem die Aktiengesellschaft einmal entstanden war, es nicht mehr in dem freien Ermessen ihrer Organe stand, ob und unter welchen Bedingungen das Fabriketablissement zu übernehmen wäre. Vielmehr entstand die Aktiengesellschaft mit der festen Verpflichtung, das Fabriketablissement unter Übernahme der hypothekarischen Belastung gegen Gewährung von 300 000 ℳ Aktien, entsprechend der im Statute enthaltenen Festsetzung, zu übernehmen. Bei der Dürftigkeit dieser Festsetzung in bezug auf den Leistungsgegenstand und der gegenüber der wirklichen damaligen Sachlage, nach welcher der Bau der Fabrik noch gar nicht vollendet war, offenbaren teilweisen Unrichtigkeit, die in der Bezeichnung der Fabrik als „der neu erbauten Malzfabrik“ beruhte, sah das Berufungsgericht als die zu übernehmende Anlage die bestimmte in der Herstellung begriffene Fabrik nach Maß-

gabe der zu Grunde gelegten Pläne und auf den Namen des J. geschlossenen Bau- und Lieferungskontrakte an. Diese Auffassung war vollkommen zutreffend. Da ein wesentlicher Teil des Grundkapitales durch die zur Einlage auf dasselbe bestimmte Fabrik, entsprechend Art. 209b H.G.B. in der Fassung der Novelle vom 11. Juni 1870, gebildet wurde, so mußte das in der in den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Festsetzung nicht Enthaltene sowohl aus den darüber hinaus getroffenen, zur Mitgeltung für das Einbringungsgeschäft bestimmten ausdrücklichen Festsetzungen, wie aus den für die Auffassung und eventuelle Ergänzung des Willens der Beteiligten maßgebenden derzeitigen thatsächlichen Verhältnissen ergänzt werden. Die Annahme von Lücken in dem Sinne, daß wesentliche Punkte erst noch einer späteren Vereinbarung geharret hätten, mußte auch nach dem Willen der Beteiligten ausgeschlossen erscheinen, da in solchem Falle, sofern es zu dieser Vereinbarung nicht kam, die Bildung des betreffenden Teiles des Grundkapitales, trotz der daraufhin bereits erfolgten Entstehung der Gesellschaft, ungewiß geblieben wäre. Es lag daher ein bereits feststehendes Vertragsverhältnis vor, sodaß die Gesellschaftsorgane die Vertragserfüllung seitens der Einbringenden, freilich unter Prüfung ihrer Vertragsgemäßheit, entgegenzunehmen und die der Gesellschaft obliegende Vertragserfüllung zu leisten hatten. Inwieweit der Aufsichtsrat, wenn man bloß die ihm nach Art. 225a H.G.B. in der Fassung der Novelle vom 11. Juni 1870 zugewiesene gesetzliche Aufgabe der Überwachung der Geschäftsführung in Betracht zieht, sich hierbei zu beteiligen gehabt hätte, kann dahingestellt bleiben, da nach der Stellung, welche der Aufsichtsrat hier thatsächlich im Verhältnisse zum Vorstande eingenommen hat, er die Entgegennahme der Erfüllung und Leistung des der Gesellschaft Obliegenden an sich gezogen hat, was dem Funktionsumfange, in welchem der §. 13 des Gesellschaftsstatutes gemeint war, entsprach. Daß seine Mitglieder dabei die Sorgfalt ordentlicher Geschäftsführer anzuwenden hatten, kann keinem Bedenken unterliegen. Insbesondere läßt sich aus Art. 225b a. a. O. nichts Gegenteiliges entnehmen, da derselbe keine limitative Bedeutung in bezug auf die Haftung im allgemeinen, am allerwenigsten in Fällen eigener Übernahme der Geschäftsführung seitens des Aufsichtsrates, hat, vielmehr nur für bestimmte Fälle der Pflichtverletzung bei der Aufsicht eine bestimmte Art der Ersatzleistung vorschreibt.

a) Das Berufungsgericht legt es nun den Beklagten als eine Pflichtverletzung zur Last, daß sie, ohne zu prüfen, ob die Fabrik eine Produktionsfähigkeit von jährlich ca. 54 000 Centner Malz hatte, die Fabrik abgenommen, und die dafür stipulierten Aktien ausgeantwortet hätten, indem es eine Zusicherung solcher Produktionsfähigkeit, auf deren Erfüllung die Aktiengesellschaft ein Recht gehabt hätte, als erteilt ansieht. Prüft man aber, worauf die Annahme einer solchen Zusicherung beruht, so erscheint der Vorwurf begründet, daß derselben der Mangel der Auseinanderhaltung zwischen Angaben, die über die Beschaffenheit einer Einlage einem oder mehreren zur Errichtung der Aktiengesellschaft Zuzuziehenden zum Zwecke ihres Beitrittes gemacht werden, und solcher, welche den Inhalt des Einbringungsgeschäftes selbst im Sinne einer zusätzlichen Gewährleistungspflicht für solche Beschaffenheit gegenüber der Aktiengesellschaft betreffen, zu Grunde liegt. Bei der eigentümlichen rechtlichen Natur der Hergänge, mittels deren die Errichtung der Aktiengesellschaft zustande kommt, folgt durchaus nicht aus Angaben der erstgedachten Art die Wirkung im Sinne der zweitgedachten. Wo bei einer Austauschobligation kontrahiert wird, um für sich zu erwerben, da ist dem betreffenden Kontrahenten, was ihm von der Gegenseite in bezug auf die Beschaffenheit des Objektes zugesichert ist, eben für das Erwerbsgeschäft zugesichert. Der bei der Errichtung der Aktiengesellschaft sich beteiligende Einzelne erwirbt aber die von anderen Beteiligten zu machende Sacheneinlage weder für sich, noch als Vertreter der Aktiengesellschaft, noch zu deren Vorteil. Die Errichtung der Aktiengesellschaft ist im Sinne des hier maßgebenden Rechtes als Begründung eines selbständigen Organismus entsprechend der Konstituierung einer Körperschaft zu erachten. Jeder einzelne Beteiligte setzt sich zum Gliede der Körperschaft und alle setzen dadurch zusammen das Ganze. Jeder scheidet aus seinem Vermögen einen Bestandteil aus und weist ihn der zu begründenden Körperschaft zu, und jeder genehmigt die Verfassung, welche seine Mitgliedschaft regelt. Dies geschieht allerdings auf dem Wege gegenseitiger Bindung aller Beteiligten, sodaß aus solcher, mag man sie nun einen Vertrag oder einen allseitigen Konsens nennen, die Aktiengesellschaft ihre Existenz herleitet. Was aber als Erklärung des Einzelnen durch Entgegennahme seitens aller Anderen derartig gebunden wird, daß es den Umfang der Zuwendung an die Aktiengesellschaft bestimmt, das sind nicht beliebige einzelne Erklä-

rungen desselben an die einzelnen Anderen, auch wenn sie die Beschaffenheit der Zuwendung betreffen, das ist vielmehr nur eine solche Erklärung, die sich als zur Bestimmung der der Aktiengesellschaft zu gewährenden Rechte dienende entweder durch einen dahin ausdrücklich gehenden Ausspruch oder durch ihre Bestimmung für die Gesamtheit der anderen Beteiligten kennzeichnet. Die richtige Stelle für Erklärungen dieses Charakters ist gemäß dem angeführten Art. 209 b H.G.B. der Gesellschaftsvertrag. Allerdings wird durch die Nichtaufnahme in diese Urkunde das rechtswirksame anderweitige Vorhandensein solcher Erklärungen, die die Rechte der Aktiengesellschaft nicht vermindern, sondern vermehren sollen, noch nicht ausgeschlossen, insbesondere, wenn, wie hier, bei der Dürftigkeit des auf die Einlage der Fabrik bezüglichen Inhaltes des Gesellschaftsvertrages doch auf darüber hinausgehende Verhältnisse zurückgegangen werden muß. So lassen sich Kundgebungen von solcher Wirkung bei der Konstituierungsverhandlung denken. Es kann auch die Erklärung außerhalb derselben und an einzelne Beteiligte genügen, wenn sie entweder die Rechtseinräumung an die Aktiengesellschaft zum Ausdrucke bringt oder sich als zur Mitteilung an die Gesamtheit der Beteiligten bestimmt darstellt. Dagegen läßt sich der Äußerung, welche der Einlegende nur den Einzelnen als solchen behufs ihrer Beteiligung macht, die Bedeutung einer solchen Erklärung nicht beimessen. Der Einzelne als solcher nimmt der Regel nach nicht für die Aktiengesellschaft und nicht für die Gesamtheit der sich Beteiligenden, sondern für sich die sich an ihn wendenden Äußerungen entgegen. Sein individuelles Interesse an dem über die Beschaffenheit der Einlage Geäußerten erschöpft sich in seiner Beteiligung. Wird ihm ersetzt, was seine Aktien wert sein würden, wenn die Einlage die behauptete Beschaffenheit hätte oder für die Einlage ein geringerer Betrag an Grundkapital bemessen worden wäre, oder was er behalten hätte, wenn er sich gar nicht beteiligt haben würde, so ist dem ihm aus der Äußerung zustehenden Rechte genügt. Die Äußerung hat damit ihre rechtliche Bedeutung erfüllt. Daraus, daß die Aktiengesellschaft ohne den Beitritt desjenigen, der durch die Äußerung zu solchem veranlaßt worden, mutmaßlich nicht zustande gekommen sein würde, folgt kein Recht der Aktiengesellschaft, die Äußerung auf sich zu beziehen und ein Einstehen für die Äußerung ihr gegenüber zu verlangen. Diese Grundsätze gelten nicht bloß, wenn eine Äußerung in betreff der Beschaffenheit der Ein-

lage in ausdrücklicher Versprechensform in Frage steht, sondern auch, wenn nur eine die Beschaffenheit konstatierende, für die Entschließung erhebliche Angabe gemacht ist, gleichviel ob man den Grund der aus derselben sich ergebenden Haftungspflicht in einem auch hier anzunehmenden Einstehenwollen, oder einem im Interesse von Treue und Glauben dem Dolus gleichgestellten Wissenmüssen findet. In diesem letzteren Falle liegt eine andere Auffassung sogar noch ferner. Denn während bei der Angabe in Versprechensform, sobald nicht ausdrücklich der Angeredete als der, dem versprochen wird, bezeichnet wird, immerhin zweifelhaft sein kann, ob nicht ihm erklärt werde, daß man der Aktiengesellschaft einstehen wolle, ist bei der konstatierenden Angabe zu einer Beziehung über denjenigen, dem sie gemacht wird, und über seine Entschließung hinaus kein Anlaß. In dem Gesetze vom 18. Juli 1884 ist durch die vorgeschriebene Gründererklärung (Art. 209 g) und die Prüfungspflicht des Vorstandes und Aufsichtsrates, bezw. der Revisoren (Art. 209 h), dafür Sorge getragen, daß die Beschaffenheit der Einlage an das Licht gezogen und eine vorhandene Ungewißheit in betreff derselben durch eine Zusage des Einbringenden gedeckt werden kann. Insbesondere ist die Gründererklärung des Art. 209 g eine zur Kennzeichnung der Erklärungen über die Beschaffenheit der Einlage als Zusagen und Angaben gegenüber der Aktiengesellschaft bestimmte Stelle (vgl. Artt. 213 a Abs. 1. 210 Abs. 2 Ziff. 1). Der Mangel entsprechender Vorkehrungen nach dem früheren Gesetze kann nicht dazu führen, Erklärungen an Einzelne eine Bedeutung beizumessen, die ihnen weder nach dem Willen der Beteiligten, noch nach ihrer Stellung innerhalb der Struktur der Errichtungshergänge zukommt.

Das Berufungsgericht hat nun nichts weiter festzustellen vermocht, als daß der Kaufmann D., der mit den Beklagten wegen ihres Beitrittes zu dem Unternehmen und der Übernahme der Stellung als Aufsichtsratsmitglieder verhandelte, ihnen eine Rentabilitätsberechnung vorgelegt hat, die auf einer Produktionsfähigkeit der Fabrik von circa 54 000 Centner Malz jährlich basierte, die der Bankier M. aufgestellt hatte und die auf Daten beruhte, welche dieser durch Vermittelung des Kaufmannes D. von dem Kaufmanne K. und dem Makler M. erhalten hatte. Das Berufungsgericht sagt selbst, diese Berechnung sei den Beklagten allerdings zunächst nur zu dem Zwecke mitgeteilt worden, um dieselben zu bewegen, die Stellung als Aufsichtsräte der zu gründenden

Gesellschaft anzunehmen. Aber was an dieses „zunächst" geknüpft wird, um der Vorlegung eine Bedeutung über jenen Zweck hinaus zu geben, ist lediglich die Erwägung, daß jene Vorlegung für das Einbringungsgeschäft entscheidend gewesen sei, weil die Beklagten nur daraufhin jene Stellung acceptiert hätten und dem Konstituierungsvertrage beigetreten seien, von ihrem Beitritte aber wesentlich das Zustandekommen der Gesellschaft und damit des erwähnten Geschäftes abgehangen habe. Diese objektive Kausalität ist aber nicht zureichend. Es sind keine Umstände dargelegt, wonach das Vorlegen jener Berechnung an Beklagte oder irgend eine spätere Bezugnahme auf dieselbe gegenüber den Beklagten als eine namens der Einbringenden zu einer Geltung für die Aktiengesellschaft bestimmte Beschaffenheitsansage zu kennzeichnen wäre. Daß bei den betreffenden Verhandlungen die Beklagten nicht zum Beitritte zu dem Unternehmen schlechthin, sondern zur Bereiterklärung, die Stellung als Aufsichtsratsmitglieder zu übernehmen, bewogen werden sollten, vermag die Bedeutung jener Vorlegung, die ja nicht an die Beklagten als die designierten Aufsichtsratsmitglieder, also als in Antizipation ihrer Stellung gedachte Vertreter der Aktiengesellschaft erfolgte, nicht zu ändern. Jene Vorlegung läßt sich nicht einmal als Mitteilung an Beklagte, daß die Einbringenden das Geschäft unter solcher Beschaffenheitsgarantie einzugehen willens seien, auffassen." ...

(Es wird sodann ausgeführt, daß es den Beklagten nicht auf Zusicherungen der nach Namen und Vermögen gewichtlosen Gründer, aus welchen die Aktiengesellschaft gegen diese Rechte herleiten könnte, sondern nur darauf ankam, daß die Rentabilität des Unternehmens mit den dafür erforderlichen Unterlagen von nicht bei der Einbringung beteiligten Personen geprüft und als vorhanden angesehen war, daß Beklagte in diesem Sinne darauf Gewicht legten, daß der Bankier M. die Rentabilitätsberechnung aufgestellt hatte und der Kaufmann D. sie durch Vorlegung vertrat, während diese beiden nach ihrem damaligen Auftreten nicht als zu den Einbringern oder deren Genossen gehörig zu erkennen waren, auch aus ihrem Verhalten gar nicht zu erkennen war, daß jene Produktionsfähigkeit überhaupt Gegenstand der Behauptungen des Kaufmannes K. oder des Maklers M. oder des J. gewesen wäre. Es wird ferner dargethan, daß die Annahme, es sei die fragliche Produktionsfähigkeit das notwendige Ergebnis von Daten gewesen, welche der

Kaufmann K. und der Makler M. gegeben, durch die feststehenden Thatsachen nicht gerechtfertigt werde.)

„b) Das Berufungsgericht qualifiziert aber das Verhalten des J., des Kaufmannes K. und des Maklers M. nicht bloß als eine Zusicherung, sondern auch als einen Dolus, als ein betrügliches Versetzen der Beteiligten in den Glauben an eine Produktionsfähigkeit von circa 54 000 Centner und bezeichnet die Rechte der Gesellschaft, deren Ausübung Beklagte verschuldeterweise unterlassen hätten, auch als Rechte aus diesem Dolus bezw. als Doluseinrede. Auf diese Begründung hin allein ließe sich schon der Tenor des Berufungsurteiles nicht rechtfertigen, da der Dolus an sich kein Recht der Gesellschaft auf Gewährung der fraglichen Produktionsfähigkeit, sondern, wenn man von der Frage der Möglichkeit der Aufhebung des ganzen Einbringegeschäftes bei einer bereits daraufhin bestehenden Aktiengesellschaft absieht, nur ein Recht auf Erstattung dessen, was an Aktien mehr, als der wirklichen Leistungsfähigkeit der Fabrik entsprochen hätte, gewährt worden, begründet haben würde. Allein ganz abgesehen hiervon enthält die Annahme eines Anspruches der Aktiengesellschaft aus dem Dolus in der Art, wie ihn das Berufungsgericht auffaßt, dieselbe Vermischung des Rechtes des Einzelnen mit dem der Aktiengesellschaft, die bei der Annahme der Zusicherung stattgefunden hat. Wie bereits hervorgehoben, ist es nicht die Aktiengesellschaft, welche das Einbringungsgeschäft mit den Einbringern abschließt. Die Personen, welche das gesamte Grundkapital aufbringen und unter ein bestimmtes Verfassungsgesetz stellen, verbinden sich, und vermöge dieser Verbindung entsteht die Aktiengesellschaft. Wird von Einzelnen nicht Geld, sondern eine Sache zur Einlage bestimmt und dies von den Anderen unter Zubilligung eines bestimmten Anteilsbetrages hierfür bewilligt, so entsteht die Aktiengesellschaft mit dem Rechte auf die Sache gegen Gewährung der entsprechenden Anzahl Aktien. Von einem dolus in contrahendo seitens der Einbringenden kann hier nur den Einzelnen gegenüber die Rede sein, welche sich zur Teilnahme an dieser Verbindung entschlossen, und dafür ihrerseits Geld oder Sachen unter Zubilligung des bestimmten Anteilsverhältnisses jener Einlage zu der ihrigen bindend bestimmt haben. Dagegen ist nicht ersichtlich, wie die Aktiengesellschaft diesen Betrug soll für sich geltend machen können, auch wenn er gegen alle diejenigen Beteiligten, welche nicht zu den Einbringenden gehören, verübt ist. Wäre die Aktien-

gesellschaft im Wege einer Successivgründung, also auf Grund eines konstituierenden Generalversammlungsbeschlusses, entstanden, so ließe sich denken, daß man im Wege der Anfechtung dieses Beschlusses, wenn er in bezug auf die Genehmigung der Einlage durch betrügliche Angaben zustande gebracht, zu einer Wiederaufhebung der Gesellschaft zu gelangen vermöchte, bei der alsdann in der äußeren Form der Auflösung und Liquidation der bestandenen Gesellschaft die Zurücknahme der Einlage gegen Rückgewähr der Aktien in irgend einer mit den Vorschriften des Gesetzes betreffend die Liquidation einmal registrierter Aktiengesellschaften vereinbaren Weise zu erlangen wäre. Im vorliegenden Falle ist aber die Aktiengesellschaft mittels Abschlusses des Gesellschaftsvertrages seitens sämtlicher Aktionäre im Sinne des Schlußsatzes des Art. 209a Abs. 1 H.G.B. (vgl. den Schlußsatz des Art. 209 b Abs. 2 a. a. O.) entstanden. Es handelt sich also nur um eine Individualbethätigung der Einzelnen zur Gesellschaftserrichtung Zusammengetretenen. Diesen Vertragsschluß kann die Aktiengesellschaft nicht anfechten, und die Einzelnen können die Entstehung der Gesellschaft nicht mehr ungeschehen machen, sondern wegen des Betruges ein Interesse nur nach dem Maße des von ihnen durch ihr Hinzutreten gebrachten individuellen Opfers geltend machen.

Damit soll indessen nicht behauptet werden, daß sich nicht ein Anspruch der Aktiengesellschaft gegen arglistige Inferenten bezw. Gründer auch nach dem Rechtszustande vor dem Gesetze von 1884 denken lasse. Nur kann dies nicht aus dem Gesichtspunkte des Betruges beim Kontrahieren mit den zum Hinzutreten Aufgeforderten unter isolierter Betrachtung der diesen gemachten täuschenden Beschaffenheitsangaben, sondern aus dem weiteren Gesichtspunkte der actio doli als eines gegen jede arglistige Veranstaltung zum Nachteile Anderer gerichteten Rechtsbehelfes unter zusammenfassender Betrachtung des ganzen Gründungsherganges und des bei demselben verfolgten Zweckes geschehen. Der Begriff des Dolus, wie er in l. 1 §. 2 Dig. 4, 3 definiert ist, reicht über den des Betruges hinaus und umfaßt jede böswillige Beschädigung, auch ohne daß sie durch Wahrheitsentstellung dem Beschädigten gegenüber erfolgt.

Vgl. l. 7 §. 6. l. 20 pr. l. 31 Dig. 4. 3; Brinz, Pandekten 1. Aufl. Abt. 1. S. 526; Pernice, Labeo. Bd. 1 S. 102.

Jede Normierung der Nominalziffer des Aktienkapitales über den Wert

des für die Bildung der Aktiengesellschaft verwendeten Vermögensobjektes hinaus erfolgt zu Lasten der Aktiengesellschaft. Sie muß zunächst diese Differenz erarbeiten, ehe von einer Rente die Rede sein kann. Solche Übernormierung schlechthin erzeugt freilich keine Verantwortung. Wenn aber die Nominalziffer des Aktienkapitales bewußterweise so übermäßig über jeden Wert des zur Bildung des betreffenden Kapitales verwendeten Vermögensobjektes hinaus normiert wird, daß eine Rentabilität der so begründeten Aktiengesellschaft für absehbare Zeit ganz ausgeschlossen ist, und die Errichtung der Aktiengesellschaft in dieser Weise nur zu dem Zwecke geschieht, um durch Schaffung einer Masse von Aktien eines weit über die Aufwendungen hinausgehenden Nominalbetrages und Verkauf derselben unter dem täuschenden Scheine ihrer Ziffer als einer Wertsziffer einen über die Aufwendungen weit hinaus gehenden Gewinn zu machen, so läßt sich dies allerdings als eine arglistige Veranstaltung zum Schaden der Aktiengesellschaft erachten. Der unberechtigte Vorteil wird durch den Defekt, den die Gestaltung der Aktiengesellschaft aufweist und zur Erreichung jenes Vorteiles aufweisen muß und soll, erzielt. Gerade, daß die Aktiengesellschaft selbst gar nicht in der Lage ist, die Grundlagen für solche Normierung als bloße Angebote von anderer Seite vom Standpunkte ihres Interesses aus zu prüfen, daß sie vielmehr mit der Unterwertigkeit der Vermögensobjekte entsteht, die ihr entweder der böse Wille aller, die sich an ihrer Entstehung beteiligen, oder auch nur der eines Teiles der Beteiligten in Verknüpfung mit der Übereinstimmung anderer, die durch Veranstaltungen jener, insbesondere durch Verdeckungen ihrer Eigenschaft als Haupt- oder Mitperzipienten an jenem Gewinne, irregeführt sind, auferlegt, läßt die Beurteilung des Verhaltens als calliditas, machinatio ad circumveniendum gerechtfertigt erscheinen. Insbesondere läßt sich nicht behaupten, daß als das Angriffsobjekt des bösen Vorsatzes nur die Nacherwerber solcher Aktien zu erachten seien und die Errichtung der Aktiengesellschaft nur das Mittel zu deren Beschädigung wäre. Inwieweit auch die einzelnen Aktienerwerber aus solcher Arglist gegen die böswilligen Urheber, ohne daß letztere ihnen als Verkäufer unter unrichtigen Angaben gegenüberstehen, Ansprüche geltend machen können, kann hier dahingestellt bleiben. Dieselbe arglistige Handlung kann in ihrer Richtung auf verschiedene Personen Schädigungen von verschiedener Art bewirken. Wo aber der Schade dieselbe Richtung hat, indem

derselbe Schade eine Gesamtheit unmittelbar, den einzelnen an derselben Mitbeteiligten auf seinen Anteil mittelbar trifft, kann man keinesfalls den unmittelbar Getroffenen den Anspruch versagen. Während die Beziehung der Arglist auf alle einzelnen, die irgend einmal, solange die arglistige Veranstaltung noch nicht enthüllt ist, Aktien erwerben, eine nicht unbedenkliche Unbestimmtheit hat, ist es gerade die Aktiengesellschaft selbst, die das Unternehmen für Rechnung der nur generell bestimmten, wechselnden Mitglieder betreibt, mittels der Unterwertigkeit ihres Vermögens die Unterwertigkeit der Anteile der Mitglieder bestimmt und entsprechend erfolgreicher Betreibung eines Ersatzanspruches den Wert dieser Anteile hebt. Eine gewichtige Bestätigung der Möglichkeit, einen solchen Anspruch der Aktiengesellschaft zu konstruieren, liefert der Art. 213a des Gesetzes von 1884, indem er einen Anspruch der Aktiengesellschaft gegen die Gründer wegen böslicher Schädigung durch Einlagen der in Art. 209b bezeichneten Art zuläßt. Weder der Gesetzestext noch seine Motive — vgl. S. 184 der Begründung zu Entwurf I: „Sie (die Aktiengesellschaft) ist es, welche in ihren Grundlagen fehlerhaft in das Leben gerufen ist, sie ist die unmittelbar Geschädigte" — lassen erkennen, daß die Annahme, bei Übersetzungen des Wertes der Einlage sei die Aktiengesellschaft der unmittelbar Geschädigte, auf einer willkürlichen neuen Konstruktion beruhen solle. Es würde auch mit dem Wesen und der Tendenz der actio doli in Widerspruch stehen, wenn sich die Aktiengesellschaft, trotzdem die arglistige Absicht erkannt ist und sie noch dazu in der Lage wäre, sogar die Realisierung derselben noch zu hindern, der Zumutung der arglistig Handelnden, ihnen das zu Lasten der Gesellschaft Ausbedungene voll auszuantworten, ohne Widerspruch fügen müßte. Hat die Aktiengesellschaft im entsprechenden Falle einen solchen Anspruch auf Schadensersatz, so hat sie ihn gegen alle diejenigen, die sich zu solchem arglistigen Handeln verbunden hatten. Dazu würde auch derjenige gehören, der, auch ohne sich selbst bei den Errichtungsverhandlungen zu beteiligen, in Kenntnis solcher arglistigen Absicht der über das einzubringende Vermögensobjekt Verfügenden und unter Beteiligung an dem zu Lasten der Gesellschaft projektierten Gewinne dieselben in der Ausübung ihres Vorhabens durch Mitwirkung bei der Unterbringung der Aktien unterstützt hätte, ohne daß es übrigens darauf ankäme, ob er die Sachlage schon vor oder erst nach Abschluß der Errichtungsverhandlungen durchschaut hätte, da auch im letzteren Falle

in der trotzdem erfolgten, den Nachteil erst zu einem endgültigen machenden Mitwirkung bei der Unterbringung der Aktien unter Anteil an jenem Gewinne die thätige Billigung des ganzen Vorhabens auch in seiner Richtung gegen die Aktiengesellschaft zu finden wäre. Es würden daher, falls die Beteiligung des Maklers M. in diesem Sinne aufzufassen wäre, die Beklagten, da sie, soweit sie selbst der Aktiengesellschaft Schadensersatz wegen Ausantwortung der Aktien trotz der der Gesellschaft zustehenden Ansprüche zu leisten hätten, entsprechende Abtretung der Rechte der Gesellschaft gegen alle diejenigen, die ihr für den Schaden als arglistige Verüber verantwortlich sind, zu fordern hätten, sich wegen des von ihnen geleisteten Ersatzes an den Bankier M. regressieren können. Damit erledigen sich die von den Beklagten geltend gemachten Konsequenzen, die gemäß ihrer Behauptung, daß der vorliegende Prozeß für Rechnung des Bankiers M. geführt werde, im Falle eines Unterliegens ihrerseits angeblich eintreten würden und von ihnen als abnorm bezeichnet werden.

Dieser Gesichtspunkt der Rechte der Aktiengesellschaft aus einer Arglist vermag indessen nicht zur Aufrechterhaltung des Berufungsurteiles, sei es auch unter Modifikation des Tenors, zu führen, weil es an jeder Feststellung fehlt, daß den Beklagten während der Zeit ihrer Geschäftsführung bis zur Übernahme der Fabrik und Ausantwortung des vertragsgemäßen Gegenwertes Umstände zur Kenntnis gelangt sind, welche bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt bei ihnen den Verdacht, daß die Errichtung der Aktiengesellschaft in solcher Arglist erfolgt sei, begründen mußten. Dieser Mangel stand auch der von der Annahme eines Rechtes aus einer Zusicherung absehenden Verwertung des Betruges, wie ihn das Berufungsgericht auffaßt, entgegen. Das Berufungsgericht prüft die Verschuldungsfrage in betreff der Beklagten überall nur von der für selbstverständlich erachteten Unterstellung aus, daß die Beklagten bei Ausführung ihrer Aufgabe, über die Erfüllung des Einbringungsvertrages zu wachen, vor Ausantwortung der Aktien prüfen mußten, ob die Fabrik die Produktionsfähigkeit von circa 54 000 Centner Malz hatte. Dies ist richtig, wenn in betreff solcher Produktionsfähigkeit der Aktiengesellschaft ein Recht aus einer Zusage oder Ansage zustand. Alsdann gehörte die Gewährung dieser Beschaffenheit zur Erfüllung der Vertragsobliegenheiten von J. und Gen. Bildete aber diese Produktionsfähigkeit kein positives Moment der Vertrags-

erfüllung, weil der Aktiengesellschaft nur die nach Grund und Boden, Bau- und Ausrüstungsumfang näher gekennzeichnete Fabrik zu gewähren, aber keine bestimmte Produktionsfähigkeit zugesagt oder auch nur angesagt war, so lag auch den Beklagten nicht schlechthin für die Erfüllung des Rechtsverhältnisses der Aktiengesellschaft zu J. und Gen. die Pflicht ob, das Vorhandensein jener Produktionsfähigkeit zu untersuchen. Freilich konnte die Aktiengesellschaft aus verübter Arglist Einwendungen gegen die volle Erfüllung ihrer Verpflichtungen herleiten, und es kann bei Berücksichtigung der thatsächlich den Beklagten, gleichviel mit welcher rechtlichen Wirkung, vor ihrem Beitritt zu dem Unternehmen über die Produktionsfähigkeit gemachten Angaben sowie des Inhaltes des später ausgegebenen Prospektes als durchaus möglich zugegeben werden, daß auch eine Ermittelung, wonach die Produktionsfähigkeit nach dem Umfange der Anlage nur eine erheblich geringere sein konnte, einen Verdacht, daß bei der Gründung mit Arglist verfahren war, hätte erregen können. Der Aufsichtsrat hatte aber nicht die Verpflichtung, ohne besonderen Anlaß Ermittelungen zu dem Zwecke anzustellen, ob sich ein solcher Verdacht ergeben würde. Nach dem gesetzlichen Zustande, wie er der Novelle vom 11. Juni 1870 entsprach, war dem Aufsichtsrate eine Prüfung des Herganges der Gründung mit der Wirkung, daß von deren Vornahme die Wirkung jenes Herganges, die Aktiengesellschaft zur Existenz zu bringen, abhängen sollte, nicht übertragen. Zu den Pflichten der Geschäftsführung der Organe der Aktiengesellschaft kann es aber nicht gerechnet werden, ohne besonderen Anlaß nun nachträglich die Prüfung vorzunehmen, ob die Aktiengesellschaft so, wie geschehen, hätte errichtet werden sollen und ob nicht der Errichtung etwa ein Verhalten zu Grunde liegt, welches die Weigerung der Erfüllung der Rechtsgeschäfte, durch welche die Gesellschaft zustande gekommen ist, als im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheinen ließe. Die Revisionskläger weisen mit Recht darauf hin, daß bei solcher Auffassung die Stellung des Aufsichtsrates nach dem alten Rechte eine viel schwierigere und prekärere gewesen wäre, als sie es nach dem Gesetze von 1884 ist. Denn, während die Lage jemandes, der mitzusprechen hat, ob ein projektiertes Verhältnis zustande kommen soll, und dem die an dem Zustandekommen Interessierten zur Auskunft und zur Gestattung von Ermittelungen erbötig sein müssen, natürlich und verhältnismäßig einfach ist, läßt sich dies durchaus nicht von demjenigen sagen, der, in ein

fertiges Verhältnis, in welchem für die Gesellschaft und für die Einbringenden die Rechte und Pflichten normiert sind, gestellt und dazu berufen, dieses Verhältnis baldigst in Aktualität zu bringen und die Inbetriebsetzung herbeizuführen, doch zugleich auch wiederum nachzuprüfen hätte, ob nicht etwa die Begründung des Verhältnisses eine Verletzung des Interesses der Gesellschaft enthält. Damit soll nicht gesagt sein, daß, wenn Thatsachen zur Kenntnis des Aufsichtsrates kommen, welche mit dem beurkundeten oder sonstigen offiziellen Inhalte der grundlegenden Rechtsgeschäfte oder den nach Treue und Glauben dabei zu unterstellenden thatsächlichen Voraussetzungen in erheblichem Widerspruche stehen, der Aufsichtsrat sich diesen soll verschließen dürfen und nicht, wenn sie den Verdacht eines arglistigen, der Gesellschaft ein Recht auf Abwehr verleihenden Verhaltens zu begründen geeignet sind, die Rechte der Gesellschaft soll wahrnehmen müssen. Setzt sich der Aufsichtsrat durch schuldvolle Unterlassung der Erfüllung von Pflichten, die ihm nach seinem Amte obliegen, außerstande, solche Thatsachen zu erfahren, die er anderenfalls erfahren hätte, so kann ihm dies natürlich nicht zur Entschuldigung gereichen. Aber es wäre ein fehlerhafter Zirkel, eine solche Pflichtverletzung in der Nichtvornahme einer bestimmten Handlung — wie hier der Nichtuntersuchung der Fabrik auf ihre Produktionsfähigkeit — bloß deshalb anzunehmen, weil das Ergebnis solcher Untersuchung einen Verdacht verübter Arglist hätte begründen können. Dem Aufsichtsrate lag möglicherweise die Pflicht ob, eine Untersuchung über den Umfang der Produktionsfähigkeit vor der Betriebseröffnung vorzunehmen. Aber nicht um Unterlassung solcher Untersuchung, sondern um Unterlassung derselben vor oder bei Übernahme der Fabrik und Ausantwortung der Aktien, also in der Richtung der Erfüllung des Vertrages mit J. und Gen., handelt es sich. Und zu solcher Unterlassung lag eine Pflicht eben nur vor, wenn die Gewährung solcher Produktionsfähigkeit zu den Vertragsleistungen der Einbringer gehörte oder bereits ein Verdacht der Arglist, der zu solcher Prüfung herausforderte, vorhanden war. An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, daß, wie das Berufungsgericht ausführt, die Beklagten bei der Prüfung der Solidität des Unternehmens, als es sich um ihren Beitritt zu demselben und zur Übernahme des Amtes als Mitglieder des Aufsichtsrates handelte, nicht mit genügender Vorsicht gehandelt hatten. Hieraus erwuchs für die Beklagten gegen die Aktien-

gesellschaft keine Verantwortlichkeit. Hat aber der an die Übernahme der Geschäfte herantretende Aufsichtsrat, weil ihm, wie oben ausgeführt, keine Nachprüfung des Gründungsherganges obliegt, keine Veranlassung, Erörterungen darüber anzustellen, ob die Primitivbeteiligten bei der Zustimmung zu dem Errichtungshergange eine sorgfältige Erwägung haben walten lassen, so liegt seinen Mitgliedern auch eine rückschauende Kritik über das Maß ihrer eigenen bei ihrer Zustimmung zu den Unternehmen als Primitivbeteiligte bethätigten Vorsicht nicht ob. Nur wenn damals bereits Thatsachen zu ihrer Kenntnis gekommen wären, welche den Verdacht einer Arglist hätten begründen müssen, könnte es sich fragen, ob, nachdem sie in die Funktion als Mitglieder des Aufsichtsrates getreten, das fortgesetzte Bewußthalten dieser Thatsachen sie zu einer nochmaligen Prüfung derselben hätte veranlassen können und sollen. Allein nicht die Erlangung der Kenntnis solcher Thatsachen zur Zeit, als sie sich zum Beitritte entschlossen, sondern, daß sie sich damals mit unzulänglichen Informationen begnügten, wird ihnen vorgeworfen. Dies aber konnte nur die Bedeutung haben, daß die Aufsichtsratsmitglieder später bei Prüfung der Verdächtigkeit auftauchender Thatsachen in den früheren Hergängen, soweit sie dabei beteiligt gewesen, vielleicht keinen entscheidenden Anhalt dagegen hätten finden dürfen oder, daß ihnen jene Hergänge nun in einem anderen, den Verdacht positiv stärkenden Lichte hätten erscheinen müssen. Kamen während ihres Funktionierens als Aufsichtsratsmitglieder den Beklagten Thatsachen zur Kenntnis, welche für sie den Verdacht einer in der gekennzeichneten Art verübten Arglist begründen mußten, so würde ihnen die Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage, ob daraus die Aktiengesellschaft Rechte, insbesondere Einwendungen gegen die geforderte Ausantwortung der Aktien, herleiten könne, nicht haben zur Entschuldigung gereichen können, wenn ihnen diese Zweifelhaftigkeit gar nicht zum Bewußtsein kam, sie vielmehr infolge eines Mangels sorgfältiger Beachtung und Beurteilung die Verdächtigkeit dieser Thatsachen nicht erkannten oder infolge eines Mangels an energischem Willen daraufhin weitere Schritte unterließen. Überhaupt kann es für einen Laien, sobald er die Verübung eines „Betruges gegen die Aktiengesellschaft" — um hier die gekennzeichnete Arglist in der Weise, wie sie dem Laien geläufig erscheinen wird, zu kennzeichnen — einmal als vorliegend ansehen muß, nicht als ein nahe liegendes Bedenken angesehen werden, daß das Gesetz den Schutz gegen die Realisierung dieses Betruges versagen sollte.

Auch hätten Erwägungen in der Abstraktion, daß ein lange andauernder Rechtsstreit, während dessen die Übergabe der Fabrik ausgesetzt blieb, ein empfindliches Übel für die Aktiengesellschaft geblieben wäre, nicht geeignet erscheinen können, von der Verantwortung für die Nichtberücksichtigung eines Verdachtes der Arglist zu entlasten, zumal es sich bei der Schadensersatzpflicht der Beklagten insbesondere gerade darum handeln dürfte, nach dem Maße der Wahrscheinlichkeit zu bemessen, ob nicht schon die nachdrückliche Geltendmachung eines erheblich fundierten Vorwurfes der Arglist den Gründern gegenüber diese zu einem erheblichen Nachlasse am Preise, an dem es sich alsdann in Berücksichtigung der Sachlage Beklagte hätten genügen lassen dürfen, auch wenn solcher Nachlaß nicht das ganze eventuell nachweisbare Übermaß deckte, bestimmt haben würde.

Freilich aber bedurfte es, um wegen des Eintrittes oder Bekanntwerdens bestimmter Thatsachen die Unterlassung der Geltendmachung von Einwendungen aus der Arglist den Beklagten als Verschulden anzurechnen, des Eintrittes oder Bekanntwerdens solcher Thatsachen, welche entweder schon für sich oder doch in Verknüpfung mit durch dieselben nahe gelegten, nicht weit aussehenden Ermittelungen den dringenden Verdacht solcher Arglist begründeten. Es kann nicht übersehen werden, daß die Gesellschaft, die durch Verfolgung eines auftauchenden Verdachtes geschützt werden soll, andererseits durch Erhebung eines Konfliktes mit den Gründern, infolge dessen die Übergabe der Fabrik zur vorgesehenen Zeit unterblieb, auf bloße Vermutungen hin, die sich nachher als unbegründet herausstellen konnten, oder auf ein Material hin, dessen thatsächliche Würdigung im Sinne solcher Arglist unsicher war, auf das Empfindlichste geschädigt werden konnte, und daß dieser Schaden nicht bloß die Gründer als die ersten Erwerber der 300 000 ℳ Aktien, sondern, da die Emission dieser Aktien sowie überschießender 100 000 ℳ und der Prioritätsobligationen bald nach Errichtung der Gesellschaft in vollen Gang gekommen war, auch andere Aktienerwerber und die Obligationenerwerber getroffen haben würde." ...

(Es wird sodann ausgeführt, daß gewisse, von der Klägerin behauptete Thatsachen in dieser Richtung noch der Prüfung bedürften.)

12. Unter welchen Umständen sind Verträge über den Verkauf von Lospapieren wegen Verstoßes gegen §. 286 St.G.B. als ungültig anzusehen?

I. Civilsenat. Urt. v. 30. Oktober 1886 i. S. v. G. (Kl.) w. A. (Bekl.) Rep. I. 325/86.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagte, welche sich als Staatslose- und Effektenhandlung bezeichnet, schließt in bezug auf Anlehnslose und Staatspapiere Verträge auf monatliche Ratenzahlungen. Sie erteilt zunächst einen Lieferschein, der die zu verkaufenden Effekten nur nach Gattung und Anzahl angiebt und die Verpflichtung, die Nummern und Serien der zu liefernden Stücke nach Erlegung der zweiten Ratenzahlung anzugeben, enthält. In den angeschlossenen Bedingungen werden die monatlichen Raten des Gesamtpreises, die sich auf mehrere Jahre verteilen und einen höheren Gesamtbetrag als den der derzeitigen Kurse der Papiere ergeben, bezeichnet. Es ist in denselben bestimmt, daß die Monatszahlungen dieses „Kaufpreis" bezeichneten Gesamtpreises bis zum fünfzehnten jeden Monates an die Kasse der Beklagten zu zahlen sind, für Vorauszahlungen Beklagte 5% Zinsen pro anno vergütet, daß die Auslieferung der Effekten erst nach Zahlung des Gesamtpreises erfolgt, dieselben bis dahin von der Beklagten verwaltet werden, der Name des Inhabers des Lieferungsscheines in die Geschäftsbücher eingetragen wird, bei nicht pünktlicher Zahlung der Monatsraten der ganze restierende Kaufpreis fällig wird und die Beklagte berechtigt ist, die Effekten zum höchsten Tageskurse des betreffenden Monates unter Zurückzahlung einer sich zu Gunsten des Effektenkäufers ergebenden Differenz, eventuell aber auch unter der Pflicht des letzteren, eine sich zu seinen Lasten ergebende Differenz sofort zu zahlen, behalten zu dürfen. Ferner bestimmen die Bedingungen, daß Beklagte berechtigt sei, auf die Effekten Darlehen für Rechnung der Inhaber der Lieferungsscheine sowie für eigene Rechnung aufzunehmen.

Verträge dieses Inhaltes hat die Beklagte mit jedem der drei Kläger, und zwar je über eine größere Anzahl Prämienlose neben einem unverlosbaren Staatspapiere geschlossen. Die Kläger haben auf

Anerkennung der Ungültigkeit dieser Verträge, weil sie sich als Veranstaltungen öffentlicher Lotterieen unter Verletzung des §. 286 St.G.B. darstellten, sowie auf Rückerstattung bereits geleisteter Ratenzahlungen geklagt. Sie geben zu, daß sie in den Handelsbüchern der Beklagten als Eigentümer der betreffenden Losnummern eingetragen seien, und daß Beklagte sich um die Ergebnisse der Ziehungen nicht bekümmere, vielmehr den Käufern die Ziehungslisten zur eigenen Ermittelung derselben übersende. Sie erachten es für unerheblich, daß sich in den Bedingungen keine Bestimmung findet, wonach Beklagte für den Fall der Ziehung von Losen während der Zeit der Abschlagszahlungen mit den kleinsten Treffern gleichartige Ersatzlose gewähre. In letzterer Beziehung weisen sie übrigens auf eine von der Beklagten unter ihrem Namen ausgegebene „Erläuterung und Preisliste über Anlehens- (Prämien-) Lose und Staatspapiere gegen monatliche Ratenzahlungen" hin, in der es unter „Versicherung gegen Kapitalverlust" heißt:

„Durch die Kurssteigerung sämtlicher Lospapiere ist bei den meisten Gattungen zwischen dem kleinsten Gewinne und dem Stande des Effektes eine bedeutende Differenz eingetreten; um nun den Besitzer vor den ihm durch die Ziehungen möglicherweise erwachsenden Verluste sicherzustellen, habe ich eine Versicherung gegen den kleinsten Gewinn, d. h. gegen Kursdifferenz, eingerichtet, durch welche ich mich verpflichte, falls das Los mit dem niedrigsten Treffer gezogen wird, den Besitzer für die jeweilige Kursdifferenz schadlos zu stellen.

Aufträge mit genauer Nummerangabe bitte ich gefälligst rechtzeitig an mich gelangen zu lassen. Auch übernehme ich die Versicherung aller übrigen Lose und rückzahlbarer Obligationen gegen eine mäßige Prämie."

Kläger behaupten nicht, für ihre Lospapiere eine solche Versicherung genommen zu haben.

Die Instanzgerichte haben die Klage abgewiesen, und das Reichsgericht hat die Revision der Kläger zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Für die Verneinung der Eigenschaft der vorliegenden Verträge, als durch §. 286 St.G.B. verbotener Lotterieverträge kann allerdings nicht mit dem Berufungsgerichte ein maßgebendes Gewicht darauf gelegt werden, daß bei dem Geschäftsbetriebe der Beklagten die sogenannten Loskäufer mit Erteilung der Nummerscheine durch constitutum posses-

sorium bereits Eigentümer der gekauften Lose geworden seien. Es kann dem Berufungsgerichte nicht zugegeben werden, daß in der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes, sei es die der Strafsenate oder des IV. Civilsenates in dem in Entscheidungen in Civilsachen Bd. 14 S. 84 flg. abgedruckten Urteile, auf diesen rein konstruktiven Eigentumsübergang für die Entscheidung, ob Loskauf oder Lotterievertrag, ein maßgebendes Gewicht gelegt worden ist. Stellt man sich in betreff der rechtlichen Auffassung des Begriffes eines Lotterievertrages auf den Boden dieser Rechtsprechung, so handelt es sich um die Frage, ob der Gegenstand des Kaufvertrages die Lose selbst oder lediglich die Hoffnungen auf Gewinne, die sich entsprechend dem Fallen solcher Gewinne auf angegebene Losnummern nach Maßgabe der dieselben betreffenden Verlosungen realisieren sollen, sind. So ist der Gegensatz in Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen Bd. 1 S. 133, Bd. 2 S. 390 flg. auf S. 393, Bd. 4 S. 80 flg. präzisiert. Wenn dabei von der Gewährung des Eigentumes an den Losen gesprochen wird, so ist damit nur die erste Alternative, nämlich der auf Gewährung dieser Lose selbst gerichtete Verkaufswille, gemeint, während, sofern dieser Fall vorlag, kein Gewicht darauf gelegt wurde, ob der Käufer schon vor der Erledigung etwaiger Ratenzahlungen Eigentum im Wege des constitutum possessorium erlangte, oder ob der Verkäufer bis zu dieser Erledigung im Eigentume verblieb. In den in Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen Bd. 7 S. 161 flg., Bd. 9 S. 405 flg. und Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichtes in Strafsachen Bd. 6 S. 372 abgedruckten drei Urteilen ist auf S. 163 des erstgedachten Urteiles, auf S. 407 des zweitgedachten Urteiles und auf S. 376 des zuletzt gedachten Urteiles ausdrücklich ausgesprochen, daß es auf die Frage, wann das Eigentum übergehe, nicht ankomme, indem, gleichviel ob dies schon vor der Zahlung des vollen Kaufpreises als übergegangen anzunehmen sei oder nicht, der Lotterievertrag immer als ausgeschlossen zu erachten sei, sobald der Vertrag in einer in jeder Beziehung bestimmten, nicht durch die Art der vereinbarten Ausführungsmodalitäten in das Ungewisse gestellten Weise auf die Lieferung und Abnahme der Lose selbst gerichtet sei. Das nämliche ist in dem Urteile des IV. Strafsenates des Reichsgerichtes vom 20./28. Oktober 1885 in Sachen wider S. und Gen. Rep. 2185/85 (abgedruckt in der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichtes in Strafsachen Bd. 7 S. 621 flg.) ausge-

sprochen worden. In diesem letzteren Urteile, sowie in den Urteilen, die in Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen Bd. 9 S. 405 flg. und in Rechtsprechung Bd. 6 S. 372 flg. abgedruckt sind, übrigens auch in dem in der Juristischen Zeitschrift für Elsaß-Lothringen Bd. 2 S. 282 flg. abgedruckten Urteile des Reichsoberhandelsgerichtes vom 27. April 1877, ist darauf hingewiesen, daß die bei solchen Geschäften für die Dauer der Suspension der Erfüllung bis zur vollständigen Zahlung des Preises vereinbarten Modalitäten darauf hin zu prüfen wären, ob nicht schon durch ihren rechtlichen Inhalt jene in jeder Beziehung erforderte Bestimmtheit der Lieferung der Lose ausgeschlossen werde, oder ob sie nicht in Verknüpfung mit einem, seine Anhaltspunkte in ihnen findenden thatsächlichen Geschäftsgebaren, wie es geübt werde, den Schluß rechtfertigen, daß unter Einkleidung der Geschäfte in die Form von Losverkäufen in Wahrheit Gegenstand der Geschäfte nur die Gewährung von Gewinnaussichten wäre. Für eine hiernach zu treffende Entscheidung möchte es freilich von Belang sein, wenn der Käufer die Lose bereits mit Abschluß des Vertrages oder nach Zahlung der ersten Raten in die Hände bekäme. Aber sowenig für eine Entscheidung gegen den Kauf der Lose für sich allein der Umstand ausschlaggebend sein könnte, daß der Lieferer, der den Preis stundet, die Eigentumsübertragung bis zur Zahlung desselben aufschiebt, sowenig vermögen die sonst sich für die auf den Lotterievertrag gerichtete Absicht ergebenden Anzeigen dadurch entkräftet zu werden, daß der Lieferer, während er die Effekten thatsächlich behält und sich die freieste Disposition darüber vorbedingt, sie durch einen reinen Formalakt zum Eigentume des Gegenkontrahenten erhebt. Für eine solche Auffassung gewährt auch das angeführte Urteil des IV. Civilsenates des Reichsgerichtes keinen Anhalt, welches lediglich eine Reihe von Momenten, bei deren Zusammentreffen die Gewährung bloßer Gewinnhoffnungen bei ungewissem eventuellem schließlichen Loserwerbe angenommen wird, zusammenstellt, darunter das Verbleiben des Lieferers im Besitze und Eigentume der Lose.

Indessen rechtfertigt sich die getroffene Entscheidung aus anderen, übrigens auch vom Berufungsgerichte in zweiter Reihe hervorgehobenen Gründen.

Die Klage bringt weitere Thatsachen als die, daß diejenigen Willenserklärungen, welche in den zwischen den Parteien errichteten Urkunden enthalten sind, abgegeben worden, nicht vor, will aber diese

Erklärungen in Verbindung mit der Thatsache, daß Beklagte auch mit anderen Personen in gleicher Weise kontrahiere, rechtlich im Sinne der bereits angezogenen Rechtsprechung, insbesondere des erwähnten Urteiles des IV. Civilsenates des Reichsgerichtes, aufgefaßt wissen. Nun fehlt aber in den getroffenen Vereinbarungen gerade ein Moment, welches für solche Qualifizierung, sei es der ganzen auf die Lose selbst sich beziehenden Willensrichtung als einer in das Ungewisse fallenden, sei es eines neben der Lieferung der Lose bestehenden, auf Gewährung besonderer Gewinnhoffnungen gerichteten Abkommens, nach den gedachten Entscheidungen von hervorragender Bedeutung ist, nämlich die Vereinbarung, daß Beklagte beim Ziehen der Lose mit den niedrigsten Treffern — einem sehr nahe liegenden Falle — entweder die Differenz zwischen diesem Betrage und dem Kurswerte des Loses bar ersetze, oder ein Ersatzlos gewähre. Daß in der „Erläuterung" solche Gewährung im Falle einer Versicherung dieses Falles gegen Prämie offeriert wird, kann bei Beurteilung der vorliegenden Verträge, da Kläger eine solche Versicherung nicht genommen haben, nicht in Betracht kommen. Fällt aber dieses Moment hinweg, so bleibt nach den vorgetragenen Thatsachen nichts übrig, als daß Beklagte über nach Nummern bestimmte Lose für einen den Kurswert derselben übersteigenden Preis, aber unter Stundung dieses Preises auf bestimmte Abschlagszahlungen, Verkäufe abschließt, bis zur Zahlung des Preises die betreffenden Stücke zur eigenen Verfügung behält, sie gegen Anbieten des Kaufpreises jederzeit — unter angemessener Frist — gewähren muß, im Falle nicht pünktlicher Ratenzahlung aber berechtigt ist, die Effekten zu behalten, während der Käufer in diesem Falle trotzdem den nach Abzug des derzeitigen höchsten Kurses der Effekten verbleibenden Betrag des stipulierten Kaufpreises bar sofort zu erlegen hat. Hierin kann an sich nicht ohne weiteres ein Geschäft, das entgegen seiner thatsächlichen Konstruktion als Losverkauf, als ein Lotterievertrag im Sinne jener Begriffsbestimmung durch die Rechtsprechung aufgefaßt werden müßte, gefunden werden. Daß eine Simulation vorläge, indem, was nur als Recht der Beklagten stipuliert sei, zugleich den Umfang ihrer ganzen Berechtigung begrenzen sollte, sodaß sie, falls die Abnehmer mit den Ratenzahlungen aufhören wollten, auch nicht das Recht haben sollte, sie zur Zahlung des ganzen Preises in den Raten anzuhalten, es also in dem Belieben der Abnehmer geblieben wäre, ob sie durch Zahlung

des ganzen Preises die bis zum Ende der Ratenzahlungen noch nicht gezogenen Lose an sich bringen oder es sich jederzeit an den bisher gehabten Gewinnhoffnungen, für welche sie den um den Kurswert der noch nicht gezogenen Effekten gekürzten Preis zahlen müßten, genügen lassen wollten, ist von den Klägern gar nicht behauptet. Eine solche liegt umsoweniger nahe, als mangels einer Vereinbarung, wonach Beklagte für mit den niedrigsten Treffern gezogene Lose Ersatzlose gewähren mußte, in betreff solcher Lose von einer, einer Verpflichtung zum Behalten der Lose entsprechenden Behandlung nicht die Rede sein konnte, hier vielmehr der Trefferbetrag einfach den Abnehmern nur auf den Kaufpreis gutgebracht werden konnte. Nach den Stipulationen konnte Beklagter die Abnehmer auch wider deren Willen zur Leistung der gesamten Ratenzahlungen anhalten. Es läßt sich aber nicht behaupten, daß, wenn Lose unter Kaufpreisstundung mit einem Rückfallsrechte oder einer kassatorischen Klausel zu Gunsten lediglich des Verkäufers bei unpünktlicher Zahlung und mit Verpflichtung des Käufers, auch in diesem Falle den den Wert der zurückfallenden Lose übersteigenden Kaufpreisbetrag zu erlegen, verkauft würden, dies Geschäft nur Verkauf von Gewinnhoffnungen und nicht der Lose selbst sein könne.

Auf eine Beurteilung der Frage, ob, wenn sich aus dem Gebaren, wie es die Beklagte etwa thatsächlich in ihrem Geschäftsbetriebe beobachtet und wie es ihre Kunden ihr gegenüber beobachten, insbesondere indem etwa letztere regelmäßig oder doch sehr häufig vor Ablauf des für die Raten bestimmten Zeitraumes das Geschäft durch Nichtmehrzahlung aufgeben, Beklagte aber dann der Regel nach, statt sie zur Fortsetzung anzuhalten, das Rückfallsrecht ausübt, ergeben müßte, daß es in Wahrheit auf eine ökonomische Wirkung und einen thatsächlichen Erfolg abgesehen ist, welche das Gesetz durch das Verbot der Lotterie ohne obrigkeitliche Erlaubnis verhindern will, deshalb der einzelne Vertragsschluß unter dem Gesichtspunkte der Einkleidung jenes reprobierten Vorganges in die Form eines Loskaufes als Lotterievertrag oder, wenn auch nicht als solcher, doch als in fraudem des Gesetzes geschlossen und deshalb als unerlaubt zu erachten wäre, war hier nicht einzugehen, da die Kläger Behauptungen, welche sich auf das thatsächliche Gebaren der Beklagten in ihrem Geschäftsbetriebe richten, gar nicht aufgestellt haben. Insbesondere ist auch in bezug auf den möglicherweise in dieser

Beziehung erheblichen Punkt, ob denn Beklagte zur Zeit der Aushändigung der Nummernscheine selbst schon ein Verfügungsrecht in bezug auf die betreffenden Nummern erworben hatte, eine mit Beweis vertretene Behauptung von den Klägern in der Richtung, daß Beklagte es nicht erworben gehabt hätte, auch in bezug auf die ihnen verkauften Nummern nicht aufgestellt worden."

---

13. Begriff des Warenzeichens. Kann ein längeres Schriftstück als Warenzeichen angesehen werden? Ist betreffs fremder Waren die Auffassung des fremden Rechtes maßgebend?

I. Civilsenat. Urt. v. 3. November 1886 i. S. F. H. & Co. bezw. J. G. B. S. & H. (Kl.) w. J. L. B. M. (Bekl.) Rep. I. 293/86.

I. Landgericht Bremen.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Aus den Gründen:

„Der Gewerbetreibende kann ein Interesse daran haben, daß die von ihm verfertigten oder feilgehaltenen Waren schon für die äußerliche Betrachtung sich von den Waren anderer Gewerbetreibenden deutlich unterscheiden. Dieses Interesse erkennt das Gesetz an, nicht zwar in dem Umfange, daß es dem Gewerbetreibenden die Ausschließlichkeit des Gebrauches einer jeden für die Erkennbarkeit seiner Ware gewählten äußeren Gestaltung Schutz gewährt, sondern so, daß es das „Warenzeichen", die „Marke", schützt.

Diesen Begriff definiert das Gesetz nicht. Auch §. 3 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes enthält keine solche Definition. Durch diese Bestimmung wird gewissen Arten von Warenzeichen, abgesehen von bestimmten Ausnahmen, die Eintragsfähigkeit entzogen, aber der gesetzliche Begriff des Warenzeichens wird damit nicht beschränkt. Auch die der Regel nach von der Eintragung ausgeschlossenen Zeichen werden in Abs. 2 und ebenso in Abs. 1, welcher die Ausnahmen, in welchen dieser Ausschluß nicht stattfindet, festsetzt, „Warenzeichen" genannt. Vgl. auch die §§. 9. 10 und §. 14 „mit einem nach Maßgabe dieses Gesetzes zu schützenden Warenzeichen".

Aus dem Gesetze ist unmittelbar zu entnehmen, daß dasselbe von solchen Zeichen handelt, welche „zur Unterscheidung eines Gewerbe-

treibenden von den Waren eines anderen Gewerbetreibenden auf den Waren oder deren Verpackung angebracht werden" (§. 1). Hierdurch steht soviel fest, daß die Form, Farbe, überhaupt die äußere Gestaltung der Ware oder deren Verpackung, nicht als Warenzeichen im Sinne des Gesetzes erscheint. Im übrigen kann die Begriffsbestimmung nur aus dem allgemeinen Sprachgebrauche, wie derselbe sich entsprechend den Bedürfnissen des Verkehres und der dadurch bedingten Übung ausgebildet hat, entnommen werden. Dabei ist noch besonders im Auge zu behalten, daß es sich nicht um eine die Ware charakterisierende Eigenschaft beliebigen Ursprunges, nicht um ein aus irgend einem Grunde vorhandenes Kennzeichen, sondern um ein gerade in der Absicht, eine Ware als von anderen verschieden deutlich und sicher erscheinen zu lassen, willkürliches angebrachtes Zeichen, um ein Merkzeichen handelt.

Vgl. Grimm, Deutsches Wörterbuch unter den Worten: Marke Nr. 2, marken, Merk, merken Nr. 2, Merkzeichen.

Damit ist aber als eine notwendige Eigenschaft der Marke gegeben, daß sie einen sofort seinem ganzen Umfange nach erkennbaren, mit einem Blicke erfaßbaren Inhalt habe. Das Zeichen kann begrifflich auch ausschließlich in Buchstaben oder Worten bestehen, aber eine längere schriftliche Ausführung, wenngleich ihr Inhalt sich auf die betreffende Ware bezieht, wird nie als Warenzeichen, als Marke aufgefaßt werden können.

Dieser negative Satz genügt als Grundlage für die Beurteilung des vorliegenden Falles. Es bedarf daher einer weiteren Untersuchung des positiven Begriffes des Warenzeichens nicht.

Von der Klägerin zur Eintragung angemeldet und der Anmeldung gemäß ins zuständige Register eingetragen wurde ein längeres Schriftstück, welches auf der Umhüllung der die Ware enthaltenden Flasche abgedruckt werden sollte, nicht bloß das in der Mitte des Schriftstückes zwischen zwei Medaillenseiten stehende Faksimile der Firma. Eingetragen ist also nicht etwa ein nur nach §. 3 Abs. 2 a. a. O. nicht eintragsfähiges Warenzeichen, sondern überhaupt kein Warenzeichen. Darum ist die Eintragung eine rechtlich irrelevante, aus welcher der Anmeldende kein Recht ableiten kann.

Da die vorstehende Ausführung lediglich auf den Begriff des Warenzeichens, welcher dem ganzen Markenschutzgesetze zu Grunde liegt,

gestützt ist, so kann gegen dieselbe aus §. 20 dieses Gesetzes nichts entnommen werden. Es kann hier unerörtert bleiben, inwieweit für die Beurteilung der von Gewerbetreibenden, welche im Inlande keine Handelsniederlassung besitzen, zur Eintragung angemeldeten Warenzeichen die besonderen Bestimmungen der ausländischen Rechtes maßgebend sind, soviel ist jedenfalls anzuerkennen, daß in Deutschland nur solche Eintragungen überhaupt zulässig sind, welche Warenbezeichnungen zum Gegenstande haben, die unter den Begriff des Warenzeichens fallen, von welchem, wie vorstehend entwickelt ist, das Markenschutzgesetz in §. 1 ausgeht. Gewährt das fremde Recht anderen Warenbezeichnungen gleichen Schutz, wie den Warenzeichen, so ist, auch wenn die Voraussetzungen des §. 20 vorliegen, diese Bestimmung für Deutschland gleichgültig, denn das Markenschutzgesetz schützt überhaupt nur „Warenzeichen", und auch §. 20 handelt nur von solchen. Aber auch wenn das fremde Recht, beziehentlich der fremde Sprachgebrauch den Begriff des Warenzeichens, der Marke, weiter fassen sollte als das deutsche Gesetz beziehentlich der deutsche Sprachgebrauch, bleiben das deutsche Gesetz und der deutsche Sprachgebrauch doch immer maßgebend.

Die vorstehenden Ausführungen ergeben, daß der Berufungsrichter, wenngleich er darin gefehlt haben mag, daß er den zweiten Absatz des §. 3 des Markenschutzgesetzes auf den vorliegenden Fall angewendet hat, dennoch von dem richtigen Grundgedanken ausgeht, wenn er den Versuch, eine Druckschrift der vorliegenden Art zum Warenzeichen machen zu wollen, als einen „Mißbrauch von vornherein" charakterisiert, durch welchen der „Begriff der Marke völlig verflüchtigt" würde. In diesem Ausspruche würde aber, wenn hierzu überhaupt ein Bedürfnis vorhanden sein sollte, auch eine genügende thatsächliche Feststellung zu finden sein, daß die vorliegende Druckschrift nicht unter den Begriff des Warenzeichens, wie er oben entwickelt ist, falle.

Die Entscheidung des Berufungsrichters enthält daher, insofern sie von diesem Grunde getragen wird, keinen rechtsgrundsätzlichen Verstoß, und es erscheint insbesondere nicht als ein Mangel, daß nicht erörtert ist, ob das eingetragene Schriftstück nach dem betreffenden fremden Rechte als Marke zu betrachten sei oder gleichen Schutz wie eine solche genieße."

14. Eingetragene Genossenschaft. Kann der ausgeschiedene Genossenschafter zum Umlageverfahren herbeigezogen werden?

I. Civilsenat. Urt. v. 6. November 1886 i. S. Th. (Kl.) w. B. u. Gen. (Bekl.) Rep. I. 295/86.[1]

I. Landgericht Duisburg.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Aus dem Oberhauser Bankvereine E. G. schieden mit Ende Dezember 1875 drei Genossenschafter, mit Ende Dezember 1876 dreizehn Genossenschafter ordnungsmäßig aus. Am 29. Dezember 1877 wurde über die Genossenschaft Konkurs eröffnet. Derselbe wurde am 5. August 1881 beendet. Nach Beendigung des Konkurses wurde das Umlageverfahren eingeleitet und ein aufgestellter Verteilungsplan für vorläufig vollstreckbar erklärt. In diesen Plan sind die ausgeschiedenen Genossenschafter nicht aufgenommen.

Die sechzehn früher ausgeschiedenen Genossenschafter haben einen „Verein zum Schutze der einzelnen solidarisch haftenden Genossenschafter gegen die Angriffe der ausgefallenen Gläubiger" errichtet und aus den Mitteln des Vereines von neun Genossenschaftsgläubigern deren Ausfallsforderungen „erworben". Die Zahlung dieser Forderungen haben sie von einem der bis zur Eröffnung des Konkurses in der Genossenschaft verbliebenen Genossenschafter verlangt und zur Sicherung der Forderungen Arrest auf ein Grundstück desselben erwirkt. Dieser hält den Anspruch für nicht gerechtfertigt und hat deshalb die vorliegende Klage erhoben mit dem Antrage:

1. festzustellen, daß die Beklagten nicht berechtigt seien, diese Forderungen gegen ihn in solidum geltend zu machen, daß sie vielmehr nur befugt seien, nach Maßgabe des vom Kläger ratierlich beizutragenden Anteiles Befriedigung wegen der von den Beklagten an die Gläubiger geleisteten Zahlungen zu fordern,

2. den Arrest aufzuheben.

„Unter allen Umständen will der Kläger den Beklagten nur in Höhe des für die abgetretenen Forderungen wirklich Gezahlten ge-

[1] Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 Nr. 7 S. 10, Urt. des I. Civilsenates vom 27. September 1886 i. S. Vorschußverein zu Treptow a. R. w. Scheer u. Gen. Rep. I. 207/86. D. E.

recht werden und stellt die Behauptung auf, daß dieser Betrag bei weitem unter den Nennwert, zu welchem die Beklagten Ersatz verlangen, geblieben sei."

In der Berufungsinstanz ist nach den Anträgen der Beklagten und Widerkläger erkannt. Die gegen dieses Urteil vom Kläger eingelegte Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Bei dem ordnungsmäßig auf Grund des Statutes beziehentlich Gesetzes erfolgenden Ausscheiden eines Genossenschafters aus der eingetragenen Genossenschaft wird zwischen ihm und der fortgesetzten Genossenschaft eine Auseinandersetzung vorgenommen. Diese Auseinandersetzung berührt das Rechtsverhältnis zwischen dem Ausscheidenden und den Genossenschaftsgläubigern nicht. Diesen bleibt der Ausscheidende nach wie vor für alle vor seinem Ausscheiden von der Genossenschaft eingegangenen Verbindlichkeiten bis zum Ablaufe der zweijährigen Verjährungszeit persönlich verhaftet. Dagegen wird seine der Genossenschaft gegenüber bestehende vertragsmäßige Verpflichtung, zur Tilgung der Genossenschaftsschulden beizutragen, reguliert, indem sein „Geschäftsanteil, wie er sich aus den Büchern ergiebt, festgestellt wird".

Bei dieser Feststellung werden begriffsmäßig die aktuellen Genossenschaftspassiva in die Berechnung gezogen; mithin ist um denjenigen Anteil an diesen Passiven, zu dessen Zahlung nach der beim Ausscheiden vorhandenen Vermögenslage der Genossenschaft der Ausscheidende der Genossenschaft gegenüber verpflichtet war, sein Geschäftsanteil vermindert. Der zur Tilgung dieses Teiles der Passiva erforderliche Betrag bleibt in der Kasse der Genossenschaft zurück. Durch die vorgenommene Feststellung ist also die Verpflichtung des Ausscheidenden zum Beitrag zur Zahlung der Genossenschaftsschulden gegenüber der Genossenschaft beziehentlich den verbleibenden Genossenschaftern getilgt.

Infolge des Verbleibens dieses Betrages in der Genossenschaftskasse ist aber auch für die Genossenschaft die Verpflichtung entstanden, dem Ausscheidenden dafür aufzukommen, daß er von den Genossenschaftsgläubigern auf Grund der diesen gegenüber bestehen bleibenden Verhaftung nicht wegen der Genossenschaftsschulden in Anspruch genommen werde. Der Ausscheidende erwirbt also einen eventuellen Regreßanspruch auf Ersatz dessen, was er zur Tilgung einer Genossenschaftsschuld verwendet hat. Da aber dieser Anspruch nicht aus dem Gesell-

schaftsvertrage entsteht, sondern aus dem gerade auf Aufhebung dieses Vertrages gerichteten neuen Vertrage, so kann dieser Anspruch wie der jedes anderen Genossenschaftsgläubigers in vollem Umfange gegen die Genossenschaftskasse, beziehentlich gegen jeden einzelnen in der Genossenschaft verbliebenen Genossenschafter gerichtet werden. Zur Verweisung des Ausgeschiedenen zur Geltendmachung desselben im Umlageverfahren fehlt es an aller und jeder Voraussetzung.

Gegen diese Ausführung kann aus der zwischen dem Ausscheidenden und der Genossenschaft, beziehentlich den in dieser verbleibenden Genossenschaftern bestehenden Korrealität kein Argument entnommen werden, denn nach §§. 443 flg. A.L.R. I. 5 ist für den Rückgriff der Korrealschuldner unter sich zunächst das zwischen demselben bestehende Rechtsverhältnis maßgebend.

Die Beklagten und Widerkläger würden sonach, wenn nichts weiter vorläge, als daß sie die betreffenden Forderungen der Genossenschaftsgläubiger bezahlt hätten, gegen jeden der bis zur Eröffnung des Genossenschaftskonkurses in der Genossenschaft verbliebenen Genossenschafter einen Anspruch auf dasjenige haben, was sie zur Zahlung der Genossenschaftsgläubiger verwendet haben, sie würden also diesen Anspruch gegen den Kläger in vollem Umfange geltend machen können.

Die Beklagten stützen aber ihren Anspruch nicht sowohl auf die Zahlung von Genossenschaftsschulden, als vielmehr auf Erwerb der betreffenden Forderungen durch Cession. Vom Kläger wird diese Art des Erwerbes der Forderungen nicht bestritten und namentlich nicht geltend gemacht, daß sie die den Genossenschaftsgläubigern gewährten Beträge nicht in der Absicht, die Forderungen zu erwerben (emendi causa), sondern um ihre eigene Verbindlichkeit zu tilgen (solvendi causa) hergegeben hätten. Es braucht also auch auf die Frage, ob eine bezahlte Forderung noch cediert werden könne, nicht eingegangen zu werden. Der Umstand, daß die Beklagten zur Zahlung der betreffenden Forderungen verpflichtet waren, steht der Möglichkeit des Erwerbes der Forderungen durch Kauf nicht entgegen. Jener Umstand mochte die Veranlassung dazu sein, daß sie die Forderungen an sich brachten, wie ja dies aus ihrem Zusammentreten zu einem „Vereine zum Schutze der der einzelnen solidarisch haftenden Genossenschafter gegen die Angriffe der (im Konkurse der Genossenschaft) ausgefallenen Gläubiger" hervor-

geht: die Natur der von diesem Vereine mit den Genossenschaftsgläubigern eingegangenen Geschäfte wird dadurch nicht alteriert.

Durch den Erwerb einer passiven Korrealforderung durch einen der Korrealschuldner tritt nun keine Tilgung der Forderung ein. Der Erwerber kann die Forderung gegen die anderen Korrealschuldner geltend machen; er muß sich nur „dabei denjenigen Anteil anrechnen lassen, für welchen er als Mitschuldner demjenigen seiner Genossen, welcher den gemeinschaftlichen Gläubiger befriedigt, verhaftet sein würde" (§§. 493. 494 A.L.R. I. 16). Da nun aber, wie oben ausgeführt, der Genossenschaft, beziehentlich den bis zu deren Auflösung in derselben verbliebenen Genossenschaftern gegen den Ausgeschiedenen ein Anspruch auf Beitrag zur Zahlung der Genossenschaftsschulden beziehentlich auf Ersatz für geleistete Zahlungen nicht zusteht, so kann der Ausgeschiedene in gleicher Weise, wie der ursprüngliche Gläubiger, die cedierte Forderung in ihrem vollen Umfange gegen jeden der verbliebenen Genossenschafter geltend machen. Wie hoch die Cessionsvaluta war, kommt dabei nicht in Frage."

---

15. Wird die Wirksamkeit des Selbsthilfeverkaufes dadurch beeinträchtigt, daß bei der amtlichen Bestellung des Maklers, der denselben bewirkt hat, seine Beeidigung unterlassen worden war?

I. Civilsenat. Urt. v. 10. November 1886 i. S. M. (Bekl.)w. B. (Kl.) Rep. I. 294/86.

I. Landgericht Berlin, Kammer für Handelssachen.
II. Kammergericht daselbst.

Gründe:

„Die Revisionsbegründung wirft dem Berufungsgerichte vor, daß es bei seiner Ausführung, Beklagter könne aus der Nichtvereidigung des Maklerstellvertreters K., welcher den Selbsthilfeverkauf am 3. Juni 1884 ausgeführt habe, keinen Grund zur Nichtanerkennung dieses Verkaufes hernehmen, weil eine nicht formgerechte Einsetzung des Maklers der Klägerin nicht zum Vorwurfe gereiche, unrichtigerweise auf eine Verschuldung des den Verkauf Betreibenden Gewicht lege, wo es ledig-

lich auf ein objektiv formgerechtes Verfahren ankomme. Dieser Vorwurf erscheint nicht begründet. L. war gerade für die Zeit, um die es sich hier handelt, nämlich für die Zeit des Urlaubes des vereideten Maklers Richard L. vom 26. Mai bis 1. August 1884 zu dessen Stellvertreter von den gemäß Art. 9 §. 1 des preußischen Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861 und §§. 1. 10 der Mäklerordnung für Berlin vom 20. April 1866 zuständigen Organen bestellt. Er war bereits im Jahre 1882 als stellvertretender Fondsmakler vereidigt worden, und es hat bei seiner Bestellung im Jahre 1884 für L. nicht nochmals eine Vereidigung stattgefunden. Anscheinend wird von den betreffenden Behörden die einmal erfolgte Vereidigung auch für spätere Fälle der Bestellung zum Vertreter für genügend gehalten. Ob dies wirklich der Fall ist, und ob es mit Art. 66 Abs. 2 H.G.B. und den angeführten Bestimmungen der Mäklerordnung in Widerspruch stände, kann hier unerörtert bleiben. Auch wenn man annähme, der von den zuständigen Organen bestellte und zu den Funktionen zugelassene Makler sei durch ein Versehen oder infolge einer unrichtigen Verwaltungspraxis unvereidigt geblieben, so erscheint die Auffassung, daß dies der Formgerechtheit des einzelnen Verkaufsaktes keinen Abbruch thue, durchaus berechtigt. Dies gilt zunächst für die Anwendung des Art. 343 H.G.B. Derselbe stellt das besondere Erfordernis, daß der Handelsmäkler vereidigt sein müßte, nicht auf. Dem Art. 66 Abs. 2 a. a. O. ist aber die Bedeutung, daß mangels der Beeidigung der doch geschehenen amtlichen Bestellung die Wirkung für den einzelnen vorgenommenen Vermittelungsakt, für den das Gesetz dem Interessenten die Vornahme durch einen Makler auferlegt, zu versagen wäre, nicht beizumessen. Nach der Stellung des Abs. 2 zu dem Abs. 1, welcher den Schwerpunkt auf die amtliche Bestellung legt, ist keine Nötigung vorhanden, dem Abs. 2 eine andere Bedeutung als die einer instruktionellen zu geben. Es würde zu unleidlichen Folgen führen, wenn Unregelmäßigkeiten bei dem Bestellungshergange, während dem Betreffenden die Funktion von den zuständigen Organen übertragen ist, auf das Publikum, das sich des Bestellten bedient und bedienen muß, wirken und zu dessen Nachteile den Akt des Funktionäres beeinträchtigen sollten. Wenn nun auch in §. 10 der Mäklerordnung es vom stellvertretenden Makler heißt „der vereidete Stellvertreter hat für die Dauer der Stellvertretung alle Rechte und Pflichten des Handelsmaklers, dessen Stelle er vertritt" und in

§. 11 der Berliner Schlußscheinbedingungen[1] bei der Zwangsregulierung von dem vermittelst eines vereideten Maklers zu bewirkenden An- und Verkaufe die Rede ist, so bezieht sich die erstere Bestimmung doch nur auf die Stellung im allgemeinen, nicht auf die Wirkung des einzelnen vom Stellvertreter vorgenommenen Aktes, und in der zweiten Bestimmung soll das „vereidet" nur den Begriff der erfolgten amtlichen Bestellung vertreten."

---

16. Kann auf die Behauptung, daß ein, entsprechend dem Markenschutzgesetze vom 30. November 1874, eingetragenes Warenzeichen zu dem alleinigen Zwecke, einen Anderen am Gebrauche des gleichen, bisher thatsächlich geführten Zeichens zu hindern, oder zu dem Zwecke, mittels Benutzung des Zeichens Waren fälschlich als Waren des Anderen erscheinen zu lassen, angemeldet worden, seitens des Anderen ein Anspruch auf Löschung des Warenzeichens gegründet werden?

I. Civilsenat. Urt. v. 13. November 1886 i. S. L. (Bekl.) w. C. J. van Houten & Zoon (Kl.). Rep. I. 313/86.

I. Landgericht Berlin, Kammer für Handelssachen.
II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte hat zur Bezeichnung für Kakao, Zucker, Thee und Kaffee, mit welchen Waren er Handel treibt, ein Warenzeichen für sich eintragen lassen, welches mit demjenigen übereinstimmt, dessen sich die in Holland ansässige Handlung C. J. van Houten & Zoon, welche die Fabrikation reinen, löslichen Kakaos betreibt, seit Jahren zur Bezeichnung ihres Fabrikates bedient. Dasselbe besteht aus verschlungenen Bändern mit der Aufschrift: „Reiner Kakao. Ein lösliches Pulver" und darunter einer zweiten Bandverschlingung, über welcher ein Adler steht, mit darüber stehender Bezeichnung: „Fabrik-Marke" und der Aufschrift: „Garantiert nur reiner löslicher Kakao der feinsten Qualität und volles Gewicht zu enthalten." Die Handlung C. J. van Houten & Zoon, welche die Anmeldung des Zeichens für sich in Deutschland in Aus-

[1] Abgedruckt in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 24 S. 541 flg., vgl. auch §. 14 daselbst S. 544. D. E.

sicht genommen hatte, als ihr Beklagter mit einer solchen zuvorkam, erhob gegen denselben Klage auf Bewirkung der Löschung des Eintrages. Sie stützte diesen Anspruch auf die Behauptung, daß der Beklagte die Anmeldung in mißbräuchlicher Absicht, lediglich um sie im Gebrauche des Zeichens zu hindern und ihr für den Vertrieb ihres Fabrikates unter ihrem Zeichen Bedingungen aufzuerlegen, bewirkt habe, und ferner auf die in einem Gebrauche dieses Warenzeichens seitens des Beklagten liegende Täuschung des Publikums. Sie wies darauf hin, daß die Benutzung einer Marke, die sich als eine Kakaomarke und Fabrikmarke ankündige, für den Beklagten, der keinen Kakao fabriziere, noch dazu für andere Waren als Kakao keinen Sinn habe, und behauptete, der Beklagte habe früher ihr Fabrikat vertrieben, sie habe ihm aber den Bezug desselben zu entziehen gesucht, weil er dasselbe zu billigerem Preise als dem von ihr ihren Abnehmern vorgeschriebenen habe verkaufen wollen, und er habe darauf erklärt, er werde ihr, falls sie ihm nicht den Vertrieb wieder gestatte, Konkurrenz bis aufs Messer machen. Unbestritten hat der Beklagte auch nach Eintragung des Zeichens aus der klägerischen Fabrik stammenden Kakao in deren Büchsen, mit der von dieser aufgeklebten Marke und dem Namen van Houten versehen, vertrieben, indem er auf diese Büchsen einen Streifen aufklebte, auf dem unter seiner Firma der Bezug des van Houten'schen Kakaos bei ihm unter Angabe des Preises angeboten wurde, und er hat, nachdem er der Klägerin die Eintragung des Warenzeichens mit der Warnung vor weiterem Gebrauche desselben ihrerseits hatte durch seinen Anwalt ankündigen lassen, sie um Lieferung von 14 Kisten ihres Kakaos ersucht. Das Gericht zweiter Instanz verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrage. Auf die Revision des letzteren stellte das Reichsgericht das die Klage abweisende Urteil erster Instanz wieder her.

Gründe:

„Die Revision mußte für begründet erachtet werden.

1. Das Reichsgesetz über den Markenschutz vom 30. November 1874 beruht weder nach seinem ausdrücklichen Inhalte noch nach seinen geschichtlichen Voraussetzungen auf der Anerkennung des Versehens von Waren mit einem Zeichen als einer an sich, sei es in Rücksicht auf die Geltendmachung der Individualität oder auf den Besitzstand, Rechtsschutz verleihenden Bethätigung, für welche die Eintragung im Zeichen-

register nur eine erhaltende oder den Umfang des Rechts regelnde Bedingung wäre. Sieht man von einzelnen partikulären Landesgesetzen allgemeinerer Natur, den Gebieten des Code civil und Spezialgesetzen zum Schutze bestimmter Industrieen ab, so war die deutsche Rechtsentwickelung zur Anerkennung Rechtsschutz begründender Erheblichkeit von Individualbethätigungen behufs Kennzeichnung von Waren als von denen Anderer zu unterscheidender durchaus nicht gelangt. Das Reichsgesetz betrachtet das Warenzeichen als ein lediglich durch den formalen Akt der Anmeldung zur Eintragung zu erzeugendes Recht. Jedem, der den Erfordernissen der §§. 1—2 des Gesetzes zuerst zu genügen vermag, steht es zu, in bezug auf ein Warenzeichen, sofern es nicht die in §. 3 Abs. 2 und §. 10 Abs. 2 hervorgehobenen Eigenschaften hat, das Recht für sich zu erzeugen. Wer von der für ihn vorhandenen Möglichkeit, solches Recht zu erzeugen, so spät Gebrauch macht, daß unterdessen bereits ein Anderer das Recht für sich begründet hat und ihn deshalb von der Begründung des Rechtes ausschließt (§. 8), der erleidet die Folgen seiner eigenen Passivität, nicht die einer ihm zugefügten Rechtsverletzung. Auf einen bisherigen Besitzstand nahm das Gesetz nur insofern Rücksicht, als es den Inhabern von Warenzeichen, die sich in der im §. 9 festgesetzten Weise im Besitze derselben befanden, für die Erzeugung von Schutzrechten durch Anmeldung eine Frist, innerhalb deren sie durch Andere, ihnen mit der Anmeldung Zuvorkommende nicht ausgeschlossen werden sollten, bis zum 1. Oktober 1875 gewährte. Hatten sie diese Frist zur Begründung ihrer Rechte unbenutzt verstreichen lassen, so wurde ihr Besitzstand unerheblich. Auch hat das Gesetz keine entsprechende Vorsorge für die Warenzeichen ausländischer Inhaber, die nicht schon vor dem 1. Oktober 1875 durch Staatsübereinkunft den inländischen gleichgestellt waren, durch Gewährung einer entsprechenden Anmeldungsfrist vom Zeitpunkte der später zu schließenden Uebereinkunft ab getroffen. Es giebt demnach, abgesehen von dem transitorischen Falle des §. 9 a. a. O. kein über der Anmeldung stehendes materielles Recht auf Anmeldung oder Eintragung, welches durch ein Zuvorkommen eines Anderen verletzt werden könnte, wenn man nicht etwa an die für die vorliegende Entscheidung nicht interessierenden Fälle vertragsmäßiger Festsetzungen in bezug auf Vornahme oder Enthaltung von der Anmeldung oder eines der auf Anmeldung abzielenden Thätigkeit rechtswidrig entgegenstellten Hemmnisses denkt.

Nun hat das Gesetz bei der Verleihung des Rechtsschutzes für das Warenzeichen, wie der §. 1 a. a. O. ausdrücklich zu erkennen giebt, allerdings als das zu schützende Interesse das an der Anbringung des Zeichens auf den Waren oder auf deren Verpackung zur Unterscheidung von den Waren anderer Gewerbetreibenden im Auge. Aber die Möglichkeit einer Untersuchung, ob der Anmeldende in diesem Interesse oder in einem völlig anderen die Anmeldung vornehme, seitens des Registerrichters ist durchaus ausgeschlossen. Selbst wenn bei dem Registerrichter ein Widerspruch gegen die Eintragung mit der durch die erheblichsten Beweismittel unterstützten Darlegung, daß der Anmeldende das Zeichen gar nicht zur Bezeichnung der aus seiner Handelsniederlassung in den weiteren Vertrieb kommenden Waren benutzen, vielmehr nur durch Bedrohung des Besitzstandes eines Anderen diesem für dessen unter diesem Zeichen bekannte Waren seine Vertriebsbedingungen auferlegen wolle, erhoben werden sollte, würde der Registerrichter dies nicht berücksichtigen können. Der Anmeldende würde mit Fug jede Äußerung hierüber ablehnen und auf seine Anmeldung des Zeichens unter Beifügung des Verzeichnisses der Warengattungen, für welche er es bestimmt, als auf diejenige Äußerung, die allein erfordert werden kann, verweisen, zumal für die Geltendmachung der Rechte aus der Eintragung nicht erforderlich ist, daß der Berechtigte selbst zur Zeit das Zeichen anwendet, noch für den Erfolg der Anmeldung, daß er schon die Veranstaltungen zum Geschäftsbetriebe gerade mit den Warengattungen, für welche das Zeichen dienen soll, getroffen hat, sofern er nur Gewerbetreibender mit eingetragener Firma ist.

Nach der Struktur des Gesetzes, nach welcher es sich um die Erzeugung eines Rechts durch formalen Akt handelt, ist in demselben auch die Normierung der Fälle der Unwirksamkeit des Eintrages wie des Erlöschens des eingetragenen Rechtes zu suchen. Letzteres geschieht in §. 12, ersteres in §§. 8. 10 Abs. 2 und §. 11 a. a. O. Danach ist der Eintrag nur unwirksam und wegen dieser Unwirksamkeit auf Antrag der Beteiligten zu löschen, wenn entweder das Zeichen schon vorher von einem Anderen angemeldet worden oder wenn es ein Freizeichen oder seine Eintragung nicht zulässig war. Die Worte: „oder deren Eintragung nicht zulässig ist" im §. 10 Abs. 2 a. a. O. können nur auf diejenigen Fälle der Nichtzulässigkeit bezogen werden, welche das Gesetz selbst als solche bezeichnet, also auf die Fälle des §. 3 Abs. 2

und, wenn dies denkbar, auf den Fall, daß die Firma im Handelsregister nicht eingetragen wäre. Freilich kann die Unwirksamkeit des Eintrages auch die Folge einer in dieser Richtung eingegangenen vertragsmäßigen Verpflichtung sein, sodaß daraus ein Recht auf Löschung entspringt. Die Geltung eines solchen vertragsmäßigen Rechtes auf Löschung bedurfte keiner Aufnahme in das Gesetz, da es selbstverständlich ist, daß in bezug auf das Zeichenrecht als ein im Falle der Begründung existierendes Recht Verpflichtungen der Aufgebung sowie der Nichtbegründung eingegangen werden können, und es nicht Aufgabe des Gesetzes war, das Zeichenrecht in seiner Beeinflussung durch Rechtsgeschäfte des Civilrechtes zu behandeln. Dagegen erscheint es nicht zulässig, ohne Anhalt im Gesetze aus dem thatsächlich der Anmeldung zu Grunde liegenden Motive und Zwecke wegen seiner Nichtübereinstimmung mit dem vom Gesetze unterstellten Zwecke über dem formellen Eintrage ein materielles Unrecht zu konstruieren, welches den Rechtserwerb aus dem Eintrage schlechthin unwirksam machte. Schon aus der Natur des Rechtes als eines absoluten folgt, daß die Tendenz, es wider den wahren Zweck des Gesetzes gegen einen Einzelnen zur Geltung zu bringen, es nicht gegen alle hinfällig machen kann. Den Mißbrauch durch die Anwendung mag derjenige, gegen den sich die Anwendung als schikanöser oder arglistiger Angriff unter dem Vorwande der Verletzung des Interesses an ausschließlicher eigener Anbringung des Zeichens an den Waren kennzeichnen läßt, im Wege der Abwehr geltend machen. In bezug auf die Schranken der Ausübung im einzelnen Falle steht das Recht unter den allgemeinen Grundsätzen der bürgerlichen Gesetze. Aber es ist nicht in das Markenschutzgesetz selbst eine Zwiespältigkeit hineinzutragen, nach welcher neben formellem Rechte, weil alle Erfordernisse des Gesetzes erfüllt, materielles Nichtrecht, weil dem Gesetze fremde Tendenzen verfolgt würden, existierte, welches die Form zu zerstören vermöchte. Gegen solche Annahme sprechen, abgesehen von dem mangelnden Anhalte im Gesetze, erhebliche rechtspolitische Bedenken. Denn da der günstige Erfolg eines solchen Löschungsanspruches den Platz für Eintragung des Zeichens seitens eines Anderen, insbesondere auch dessen, der die Umwandlung eines Besitzes in ein Recht durch ausreichend frühe Anmeldung versäumt hat, frei machen würde, so wäre hiermit ein Mittel gegeben, auf unsichere Grundlagen hin die Ordnung der Rechtserwerbe, wie sie durch die Einführung

des Registers und der Anmeldepflicht vom Gesetze gewollt ist, stets wieder in Frage zu stellen. Eine unsichere Grundlage bleibt nämlich die Würdigung der faktischen Verhältnisse nach der Richtung, ob der Anmeldende zur Zeit der Anmeldung auch nicht einmal neben dem Willen, das Zeichen zu Zwecken, welche dem Gesetze fremd sind, zu benutzen, den Willen, es sich für eine zukünftige Bezeichnung seiner Waren zu reservieren, gehabt hat, insbesondere wenn dabei die Frage entschieden werden muß, ob die thatsächlich geschehende Anbringung des Zeichens seitens des Anmeldenden an den aus seinem Geschäfte in den weiteren Vertrieb kommenden Waren (wie es das Berufungsgericht offenbar hier annehmen muß, denn daß Beklagter das Zeichen an Waren, die er vertreibt, anbringt, hat er bestimmt behauptet) lediglich zur Unterstützung des auf einen dem Gesetze fremden Zweck gerichteten Vorhabens oder zum Zwecke der Individualisierung der aus seiner Vertriebsstätte kommenden Waren geschieht. Mit dieser Auffassung stehen die Ausführungen in dem in Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. 13 S. 157 flg. abgedruckten Urteile — vgl. auch ebenda Bd. 15 S. 105. 106 — nicht im Widerspruche. Dort war nur die Hemmung der Geltendmachung des Ausschließungsrechtes aus dem Eintrage durch den Einwand der Arglist in Frage, nicht aber ein auf einen Dolus des Anmeldenden gegründeter Anspruch auf Löschung des Eintrages. In der Sache der Kaiserl. Tabaksmanufaktur zu St. wider Sch. und B. Rep. II. 139/86 hatte freilich das Berufungsgericht für den Fall, daß erwiesen würde, es sei die Anmeldung des Zeichens seitens der Beklagten nicht in der Absicht, sich desselben zu bedienen, sondern nur, um die Klägerin an dessen Gebrauch zu hindern, erfolgt, auf Löschung des Zeichens erkannt. Das Revisionsgericht — der II. Civilsenat des Reichsgerichtes — ist aber in seinem Urteile vom 2. Juli 1886, wie er auch in demselben hervorhebt, mangels einer Anschlußrevision der Beklagten nicht in die Lage gekommen, die Richtigkeit dieser Entscheidung zu prüfen. Hiernach konnte der Entscheidungsgrund des Berufungsgerichtes in der vorliegenden Sache, wonach der Klaganspruch auf Löschung des Zeichens begründet sein soll, weil Beklagter bei der Anmeldung des Zeichens nicht die Absicht gehabt habe, dasselbe selbst zu gebrauchen, sondern nur die Klägerin im freien Gebrauche stören wollte, nicht für gesetzlich begründet erachtet werden.

2. Das Berufungsgericht hat für seine Entscheidung noch einen zweiten Grund, nämlich den der sogenannten dezeptiven Marke, deren Gebrauch auf Täuschung des Publikums abziele, also eines Dolus in der Richtung täuschender Konkurrenzveranstaltungen, gegeben. Dieser Grund steht mit dem ersten Entscheidungsgrunde in einem Widerspruche, der auch in der Begründung der Klage sich geltend gemacht hat. Soll der Beklagte seine Waren als von der Klägerin herrührende durch das Zeichen haben erscheinen lassen wollen, so muß er den Willen, im Interesse seines Vertriebes das Zeichen für seine Waren zu gebrauchen, gehabt haben. Alsdann hat er aber eben nicht den bloßen Willen, durch die Anmeldung die Klägerin in der Benutzung zu hindern und zu seinen Vertriebsbedingungen zu zwingen, gehabt. Der ganze Gesichtspunkt, wonach die Eintragung einer dezeptiven Marke nichtig oder unwirksam sein soll, ist aber bereits vom Reichsgerichte als unzutreffend abgelehnt worden. Zuerst hat der II. Civilsenat in dem in Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. 3 S. 67 abgedruckten Urteile ausgesprochen, daß in denjenigen deutschen Gebieten, in denen vor Einführung des Markenschutzgesetzes die böswillige, auf Schädigung des Konkurrenten und Täuschung des Publikums berechnete Benutzung eines fremden Markenzeichens als unerlaubte Handlung angesehen und geahndet wurde, dieser Schutz durch die Einführung des Markenschutzgesetzes, welches den Schutz mit seinen alleinigen Bedingungen einheitlich und erschöpfend habe regeln wollen, beseitigt sei, sodaß einem Warenzeichen, das nicht entsprechend diesem Gesetze eingetragen worden, kein Rechtsschutz gegen Usurpierungen, auch wenn sie absichtlich zum Zwecke der Täuschung erfolgten, zukomme. Das Gleiche hat der I. Civilsenat in dem Urteile vom 27. März 1886 in Sachen D. wider N. Rep. I. 32/86 hinsichtlich der Verfolgbarkeit solcher Benutzung als arglistiger Schadenszufügung nach preußischem Landrechte seitens des nicht eingetragenen Beschädigten ausgesprochen. Beide Entscheidungen betrafen Kollisionen zwischen mehreren Benutzern des gleichen Warenzeichens, die sämtlich nicht eingetragen waren. In Konsequenz dieser Auffassung hat aber ferner der II. Civilsenat in der oben bereits angeführten Entscheidung in Sachen der Kaiserl. Tabaksmanufaktur zu St. wider Sch. und B. ausgesprochen, daß dem eingetragenen Warenzeichen die einem solchen von dem Gesetze zuerkannte Wirkung ohne Rücksicht darauf, ob es in vorsätzlicher Entlehnung einer von einem Konkurrenten geübten

Bezeichnung zum Zwecke der Konkurrenz und einer Täuschung angemeldet worden, zukomme. Dieser Auffassung mußte beigetreten werden. Die Ansicht, welche bei Anerkennung, daß der Schutz aus dem Gesichtspunkte einer Verantwortlichkeit für unehrlichen Wettbewerb durch das Markenschutzgesetz mit seiner formalen Rechtsordnung beseitigt ist, doch wieder dem eingetragenen Zeichen, wenn es in vorsätzlicher Usurpierung des von einem Anderen geführten Zeichens zum Zwecke der Möglichkeit einer Verwechselung im Verkehre angemeldet ist, wegen des darin liegenden Dolus die Wirksamkeit versagen will (Kohler, Das Recht des Markenschutzes S. 170 flg. 262 flg.) bringt den Gesichtspunkt, den sie eben noch als infolge der Einführung des Markenschutzgesetzes aufgegeben anerkannt, wieder in die Sache hinein. Denn, auch wenn man unter die unrechte That, die hier insbesondere die Rechtsentwickelung unter dem Code civil als unehrlichen Wettbewerb — concurrence déloyale — bezeichnet, die bloß unachtsamen, fahrlässigen Eingriffe in die fremde Bethätigungsart der Betriebs- oder Vertriebshandlungen begreift, so sind doch gerade die erheblichsten Handlungen, welche zur Ausbildung des Begriffes geführt haben, die geflissentlichen, zum Zwecke der Täuschung erfolgenden Nachahmungen, sodaß für eine Scheidung dieser beiden Arten zum Zwecke einer verschiedenen Behandlung kein Anhalt vorliegt. Gerade der §. 9 des Reichsgesetzes läßt klar erkennen, daß der Schutz dem angemeldeten und eingetragenen Zeichen ohne Rücksicht darauf, ob es als Konkurrenzmittel gegen einen unter solchem Zeichen von einem Anderen geführten Betriebe benutzt werden soll, zustehen soll. Gerade weil die durch das Gesetz eingeführte Möglichkeit einer Rechtsbegründung von Dritten zum Nachteile derjenigen, die im Besitze eines solchen Zeichens waren, benutzt werden konnte, wurde den letzteren ein Vorrecht auf Eintragung, aber eben nur für eine begrenzte Zeit, gegeben. Das Bedürfnis zu dieser besonderen Regelung beruhte nicht auf der Befürchtung, es möchten von Dritten bloß zufällig oder aus Unachtsamkeit gleiche Zeichen angemeldet werden, sondern gerade auf der Voraussicht, es möchten Dritte das Gesetz zur vorsätzlichen Aneignung im Verkehre als Bezeichnungen der Waren eines bestimmten Gewerbetreibenden gekannter und gesuchter Zeichen benutzen. Auch wäre es im höchsten Maße angezeigt gewesen, bei der Setzung der festen Zeitgrenze des §. 9 a. a. O. den Vorbehalt, daß der bisherige Inhaber eines Zeichens gegen dessen geflissentliche Usurpierungen auch noch fernerhin geschützt bleibe, auszu-

sprechen, wenn er gewollt gewesen wäre. Die Ignorierung dieses materiellen Unrechtes gegenüber dem formellen Rechtserwerbe seitens des Gesetzes hat auch nichts Auffallendes. Da, wie bereits erwähnt, der Gesetzgeber sich einem Rechtszustande in großen Teilen Deutschlands gegenüber fand, nach welchem die Anbringung solcher Kennzeichen trotz ihrer Wirkung auf das Publikum als etwas rechtlich durchaus Indifferentes galt, war er eben nicht gehindert, das von ihm erst zu schaffende Recht von einem rein formalen Prinzipe aus mit den Vorzügen größter Präzision und Sicherheit zu begründen. Dies Prinzip durch materielle Prinzipien zu beengen oder zu brechen, lag für ihn kein Anlaß vor, da er ein anderes materielles Prinzip als das rechtlicher Indifferenz solcher bereits vorgenommener Individualbethätigungen nicht vorfand. Es erscheint verfehlt, als das notwendig ergänzende materielle Prinzip bei der absichtlichen Entlehnung des fremden Zeichens das der Wirkungslosigkeit der Arglist in die Sache hineinzutragen. Wenn die Rechtsanschauung eine Individualitätsbethätigung im Gewerbeverkehre trotz längerer Ausübung und ihrer möglichen Wirkung auf das Publikum gegenüber einer gleichen oder ähnlichen Bethätigung eines anderen Gewerbetreibenden nicht differenziert, dieselbe als Rechtsgut also weder vom Standpunkte eines ersten Ersinnens oder Anbringens oder der Erringung eines Publikums noch von dem Standpunkte eines Schutzes des Publikums erachtet, — und das Reichsgesetz hat nur für das eingetragene Zeichen eine solche Rechtsgutqualität begründet, — so liegt eben in der Nachahmung des Zeichens zum Zwecke erfolgreicher Konkurrenz, wie man auch menschlich über solches Verfahren zu denken berechtigt ist, keine Arglist im rechtlichen Sinne. Wäre es anders, so wäre mit diesem Behelfe der Arglist das Prinzip der Ahndung des unehrlichen Wettbewerbes in weitem Umfange für alle Rechtsgebiete, denen der Begriff der Arglist bekannt ist, notwendig begründet. Es müßte alsdann auch in Deutschland die Nachahmung von Geschäftsschildern, Warenverpackungen, Etiketten, Geschäftsausstattungen, wenn sie zur Begünstigung von Verwechselungen geschieht, verfolgbar sein, was bisher nicht angenommen worden ist. Was speziell das Publikum anlangt, so kann im einzelnen Falle der Verkauf möglicherweise den Thatbestand eines Betruges enthalten. Aber von einem Rechte des Publikums, durch dessen Verletzung das Prinzip des Markenschutzgesetzes gebeugt zu werden vermöchte, kann nicht die Rede sein."

17. Ist die Wiedergabe eines Gemäldes in plastischem, zum Zwecke der Wirkung durchscheinenden Lichtes bearbeitetem Materiale — Lithophanie — eine erlaubte Nachbildung?

Gesetz vom 9. Januar 1876 §. 6 Nr. 2.

I. Civilsenat. Urt. v. 24. November 1886 i. S. S. & Sohn (Bekl.) w. V. V. & Co. (Kl.) Rep. I. 322/86.

I. Landgericht Erfurt.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Die Klägerin hat in bezug auf eine Reihe von Bildern von den Urhebern das Urheberrecht übertragen erhalten. Die Beklagte läßt in ihrem Gewerbebetriebe nach Photographieen dieser Bilder sogenannte Lithophanieen — Bildausprägungen in Porzellan, bei denen der Bildeindruck durch die Transparenz des Lichtes hervorgebracht wird — anfertigen. Die Klägerin findet hierin eine unerlaubte Nachbildung im Sinne des §. 5 Nr. 1 des deutschen Reichsgesetzes vom 9. Januar 1876 und bestreitet die Anwendbarkeit des §. 6 Nr. 2 dieses Gesetzes, welche die Beklagte geltend macht, indem letztere behauptet, ihr Produkt sei Nachbildung der klägerischen, der malenden Kunst angehörigen Werke durch die plastische Kunst, also nach §. 6 Nr. 2 a. a. O. gestattet.

Das Verfahren bei der Herstellung der Lithophanieen im Auftrage der Beklagten ist folgendes.

Das Gemälde wird nach der Photographie desselben zunächst in freier Handzeichnung auf schwaches blaues Postpapier abgezeichnet, aber nur in allgemeinen Umrissen. Dann wird dieses Papier auf eine geglättete Wachsplatte gelegt und die Zeichnung auf die letztere durchgepaust. Bei Verdunkelung der sämtlichen Glasscheiben eines Fensters bis auf eine einzige, auf welche die Wachstafel befestigt wird, findet nun unter Vorlage der Photographie die Bearbeitung der Wachstafel mit dem Modellmesser statt, wobei die hellen Stellen des Gemäldes vertieft werden, die dunkelen, welche die Schattenfläche bilden sollen, erhöht bleiben. Das Wachsmodell wird mehrmals überarbeitet, bis durch das durchfallende Licht der Effekt des Gemäldes ganz herbeigeführt wird. Die Arbeit kann von zwei Wochen bis zu vier Monaten, je nach dem Gegenstande, dauern. Das Wachsmodell wird nach Vollendung auf eine Glasplatte gelegt und flüssiger Gips darüber gegossen. Sobald

dieser getrocknet und erhärtet ist, wird er von dem Wachsmodelle abgehoben und bildet nun die Form für die Lithophanie. In diese Form wird weiche Porzellanmasse eingeschlagen und abgezogen, das ist geglättet. Sobald die Gipsform, welche die Feuchtigkeit aus der Porzellanmasse anzieht, vollständig getrocknet ist, wird die Porzellanscheibe davon ausgehoben, getrocknet und gebrannt und damit ist die Lithophanie fertig.

Das Gericht erster Instanz wies, der Auffassung der Beklagten beistimmend, die auf Ausspruch der Nichtberechtigung zu diesen Nachbildungen, Einziehung der Nachbildungsexemplare und Schadensersatz gerichtete Klage ab. Das Berufungsgericht erforderte ein Gutachten des künstlerischen Sachverständigenvereines zu Weimar, welches dahin erging, daß die fraglichen Nachbildungen keine durch die plastische Kunst hergestellten, sondern nur Nachbildungen des Werkes der malenden Kunst unter Anwendung eines anderen Kunstverfahrens wären. Das Berufungsgericht erkannte hierauf nach den Klaganträgen. Die Revision der Beklagten wurde vom Reichsgerichte verworfen.

Gründe:

„Der §. 5 des Gesetzes vom 9. Januar 1876 spricht in Nr. 1 das Prinzip aus, daß der Schöpfer des Originalkunstwerkes das ausschließliche Recht seiner Wiederhervorbringung mittels jedes Kunstverfahrens haben soll. Von diesem Prinzipe enthält der §. 6 Nr. 2: „Als verbotene Nachbildung ist nicht anzusehen die Nachbildung eines Werkes der zeichnenden oder malenden Kunst durch die plastische Kunst oder umgekehrt," eine Ausnahme, deren Berechtigung stets von beachtenswerten Seiten unter dem Gesichtspunkte in Zweifel gezogen worden ist, daß die ausschließliche Nutzung seiner Schöpfung, die man dem Künstler gewähren wolle, und speziell selbst die, welche er aus der Vervielfältigung in der Kunstgattung des Originales ziehen könnte, durch Gestattung der Übertragung in eine andere Kunstgattung beeinträchtigt werden könne, und daß kein innerer Grund vorliege, der einen Kunst zu gestatten, daß sie, statt neu zu schaffen, sich aus den Schöpfungen aus dem Gebiete der anderen Kunstgattung durch Wiedergabe deren geistigen Inhaltes bereichere. Die Rücksicht darauf, die Verkehrsfreiheit nicht zu sehr zu beschränken, verbunden mit der Erwägung, daß eine gewisse Begrenzung der Ausschließlichkeit beim Urheberrechte durch dessen

Wesen geboten sei, wie sich schon aus der erforderlichen zeitlichen Begrenzung ergebe, hat zur Festhaltung dieser Einschränkung geführt.

Vgl. Wächter, Verlagsrecht S. 582 flg., Urheberrecht an Werken der bildenden Künste S. 194 flg.

Bereits das preußische Gesetz vom 11. Juni 1837 bestimmte in §. 24: „Als eine verbotene Nachbildung ist es nicht zu betrachten, wenn ein Kunstwerk, das durch die Malerei oder eine der zeichnenden Künste hervorgebracht worden ist, mittels der plastischen Kunst, oder umgekehrt, dargestellt worden ist.“ Wie die Motive zu dem Entwurfe des preußischen Gesetzes vom 20. Februar 1854 zu §. 1, welcher diese Freigebung auf Nachbildungen, die nicht auf rein mechanischem Wege erfolgen, beschränkte, ergeben, hatte im Hinblicke auf die durch die erfundene Kollas'sche Relief-Kopier-Maschine eingetretene Möglichkeit, ohne Anwendung künstlerischer Thätigkeit ein plastisches Werk durch eine das Basrelief täuschend nachahmende Zeichnung wiederzugeben, sowie im Hinblicke „auf die Wiedergabe von Gemälden durch Lichtbilder, welche zwischen der zeichnenden und plastischen Kunst in der Mitte ständen,“ der artistische Sachverständigenverein die Aufhebung jener Freigebung der Übertragung des Kunstwerkes in die andere Kunstgattung befürwortet.

Vgl. Bd. 3 der Stenographischen Berichte über die Verhandlungen der Ersten Kammer des preußischen Landtages 1853/54, Anlage Nr. 1 S. 2.

Das Gesetz ging hierauf nicht ein. Es wurde vielmehr von der Freigebung nur der Fall der Darstellung in der anderen Kunstgattung auf rein mechanischem Wege ausgeschlossen. Auf diesem Standpunkte stand auch der Entwurf des Reichsgesetzes vom 9. Januar 1876, welcher nur die Materie in den positiven Bestimmungen über das, was als verbotene Nachbildung anzusehen sei, durch §. 5 Nr. 2: „Als verbotene Nachbildung ist es auch anzusehen, wenn ein Werk der zeichnenden oder malenden Kunst auf mechanischem Wege in plastischer Form wiedergegeben wird oder umgekehrt“ erledigen wollte. In den Motiven zu diesem Entwurfe hieß es, nachdem ausgeführt worden, daß, sobald einmal das Recht des Urhebers auf ausschließliche Nachbildung seines Werkes anerkannt sei, dasselbe sich nach jeder Richtung bewähren und jede Reproduktion untersagt sein müsse, die sich als Nachbildung des Originalwerkes darstelle. „Aus diesem Grunde ist jede Nachbildung

untersagt, auch wenn sie auf einem anderen oder einem nicht mechanischen Verfahren beruht ꝛc. Ob eine unerlaubte Nachbildung anzunehmen sei, wenn ein Werk der zeichnenden oder malenden Kunst in plastischer Form wiedergegeben wird oder umgekehrt, ist in der bisherigen Gesetzgebung äußerst verschieden entschieden. Im allgemeinen wird hierin keine Nachbildung, sondern eine wirklich neue Kunstschöpfung zu finden sein, und es mußte diese Art der Benutzung eines Originales daher der Regel nach gestattet werden. Nur wenn die Wiedergabe auf mechanischem Wege erfolgt, muß dieselbe — wie dies schon in dem preußischen Gesetze vom 20. Februar 1854 vorgeschrieben war — verboten sein."

In der Kommission des Reichstages zur Beratung des Gesetzentwurfes wurde beantragt, diese Nr. 2 des §. 5 zu streichen und statt dessen im §. 6 als Nr. 2 einzuschalten: „Die Nachbildung eines Werkes der zeichnenden oder malenden Kunst in plastischer Form oder umgekehrt (ist als verbotene Nachbildung nicht anzusehen)". Hierfür wurde angeführt, daß es hinreichend sei, den Künstler, der auf der Fläche zeichne, sowie den Bildhauer, der körperliche Formen darstelle, auf diesem ihrem eigentümlichen Terrain zu schützen, und daß ein Schutz, der auch die künstlerische Umgestaltung der körperlichen Form in die Fläche und umgekehrt verbieten wolle, zu weit gehe. Die Mehrheit der Kommission trat dieser Ansicht bei und nahm den Antrag an. Bei der Beratung im Reichstage wurde darüber, ob es bei dieser Fassung verbleiben solle oder die Fassung des Entwurfes wiederherzustellen sei, nur von dem Gesichtspunkte aus, ob die Kommissionsfassung dann den Ausschluß der Freigebung bei bloß mechanischem Verfahren der Nachbildung in ausreichender Weise zum Ausdrucke bringe, gestritten, aber auch ein Amendement v. Könneritz dahin gestellt, in der Fassung der Kommission statt „in plastischer Form" zu setzen: „durch die plastische Kunst". Dieses Amendement wurde zunächst wenigstens nicht als ein auf durch diese Redaktion erfolgende Erledigung jenes Streites gerichtetes angesehen. Denn der Berichterstatter, welcher die Fassung der Kommission als hinlänglich klar im Sinne des Ausschlusses des rein mechanischen Nachbildungsverfahrens von der Freigebung erachtete und ihre Annahme beantragte, empfahl jenes Amendement als „ein ein Mißverständnis des Wortlautes ausschließendes" und der Kommissarius des Bundesrates trat denjenigen

Mitgliedern bei, welche in der Fassung der Kommission den Ausschluß des rein mechanischen Verfahrens vermißten und also eine materielle Differenz als zwischen den beiden Fassungen vorhanden ansahen, erklärte sich aber mit den Kommissionsbeschlüssen einverstanden, weil der Fall, daß ein Werk der zeichnenden Kunst in plastischer Form auf mechanischem Wege nachgebildet würde, niemals und der umgekehrte Fall sehr selten vorkäme. Mit dem Amendement v. Könneritz erklärte er sich vollständig einverstanden mit dem Hinzufügen: „Ich glaube nicht, daß ein verständiger Richter ein Bedenken über die Auslegung der Worte: „plastische Form" haben könnte, allein, da die Bedenken einmal angeregt sind und das preußische Gesetz sich ebenfalls der Worte „plastische Kunst" bedient, so kann es keinem Bedenken unterliegen, den Antrag anzunehmen." Im Laufe der Verhandlung wurde von der Seite, welche die Wiederherstellung der Fassung des Entwurfes beantragt hatte, angenommen, daß das Amendement v. Könneritz denselben Zweck erreiche, indem durch die Worte „durch die plastische Kunst" die Umformung mittels eines künstlerischen Verfahrens im Gegensatze zu einer bloß mechanischen Nachbildung genügend zum Ausdrucke gebracht sei, und es wurde der Antrag auf Wiederherstellung des Entwurfes zurückgezogen.

Vgl. Reichstagsverhandlungen 2. Legislaturperiode III. Session 1875, Drucksache Nr. 24 S. 3. 12. 13, Nr. 76 S. 4. 5, Stenographische Berichte über die 25. Sitzung vom 11. Dezember 1875 S. 575 (Berichterstatter Wehrenpfennig, Grimm). 577. 578 (Bundesratskommissar Dambach). 580 (Grimm). 582.

Hieraus ergiebt sich, daß von dem Grundsatze der Ausschließlichkeit der Nutzung des Schöpfers des Originales durch die ihm vorbehaltene Befugnis zur Reproduktion in jedem Kunstverfahren eine Ausnahme nur zu Gunsten einer sich von der Kunstgattung, in welcher das Original hergestellt worden, streng scheidenden anderen Kunstgattung gemacht worden ist und ferner, daß man empfand, es könnte die Nachbildung eines Werkes der zeichnenden oder malenden Kunst so stattfinden, daß ihre Bezeichnung mit den Worten: „in plastischer Form" nicht gerade unzutreffend wäre, und sie brauchte doch deshalb, obwohl sie nicht auf rein mechanischem Wege erfolgte, keine Nachbildung in der anderen Kunstgattung, wie sie das Gesetz zulassen wolle, zu sein.

Wären danach die Grenzen zwischen zeichnender bezw. malender und

plastischer Kunst doch so flüssige, daß es Nachschöpfungen gäbe, die zugleich beiden Kunstgattungen angehörten, oder, wie die Motive zum Entwurfe des preußischen Gesetzes vom 20. Februar 1854 anführen, „zwischen beiden Kunstgattungen in der Mitte ständen", so würde für diese die befreiende Ausnahme eben, weil sie nicht oder doch nicht allein der der Kunstgattung, in der das Original geschaffen, entgegengestellten anderen Kunstgattung angehören würden, vielmehr bei ihnen auch die erstere mitbeteiligt wäre, nicht Platz greifen.

Die hier in Rede stehenden Lithophanieen müssen aber als durch ein Kunstverfahren innerhalb der Kunstgattung der zeichnenden Kunst hergestellt angesehen werden. Freilich wird bei ihrer Herstellung, man mag das zuerst gefertigte Wachsmodell, in welchem allein die nicht mechanische Nachschöpfung besteht, oder die schließlich abgeformte Porzellanplatte in Betracht ziehen, nicht bloß die Fläche des dazu verwendeten Materiales in Anspruch genommen sondern dieses in seiner Ausdehnung nach Höhe und Tiefe, indem durch Eindrücken, Herausnehmen und Auftragen des Materiales in verschiedener Stärke, in der Porzellanplatte in Hebungen und Senkungen sichtbar, abgestufte Flächen entstehen. Allein dies rechtfertigt die Annahme einer Nachbildung durch die plastische Kunst im Sinne des §. 6 Nr. 2 des Gesetzes noch nicht.

Das Gesetz betrifft, wie dies auch in seinem Titel zum Ausdrucke gebracht worden ist, das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste. Ein Werk der bildenden Kunst ist ein mit den Darstellungsmitteln der Kunst hergestelltes, für die Anregung des ästhetischen Gefühles durch Anschauen bestimmtes Werk. Das Objekt dieses für die ästhetische Anregung bestimmten Beschauens ist nicht das Material, aus oder mit welchem geschaffen ist, noch schlechthin oder in erster Reihe die Art der geschehenen Behandlung des Materiales, sondern der Vorgang oder Gegenstand, dessen Eindruck durch die Schöpfung für den Beschauer sinnenfällig hervorgerufen werden soll. Die Scheidung der beiden Kunstgattungen, einerseits der zeichnenden und malenden, andererseits der plastischen, welche beide zusammen den Begriff der bildenden Künste ergeben, ist eine in der theoretischen Behandlung der schönen Künste längst rezipierte und der Unterschied zwischen beiden Gattungen wird seit jeher darein gesetzt, daß die plastische Kunst die Formen des Gegenstandes, dessen Eindruck erzielt werden soll, auch wirklich körperlich hinstellt, den Gegenstand in wahrer körperlicher Gestalt nachahmt,

die zeichnende und malende Kunst den Eindruck des Körperlichen nur durch eine fixierte Licht- und Schattenverteilung hervorruft.

Vgl. Sulzer, Theorie der schönen Künste II. 1 Bd. 1 S. 231.

Nicht darin beruht das Wesen der plastischen Kunst, daß mit dem Materiale irgendwie körperbildend verfahren wird, sondern darin, daß dem Gegenstande sinnlicher Erscheinungswelt, dessen Eindruck für die ästhetische Beschauung der Zweck des Kunstwerkes ist, Körper gegeben wird und daß diese Körperlichkeit in dem Materiale zum unmittelbaren Ausdrucke und für das Auge des Beschauenden zur Erscheinung kommt. Diese rezipierte Unterscheidung ist auch die des Gesetzes. Dasselbe erachtet die Übertragung der nur den Schein des Körperlichen gebenden Licht- und Schattenwirkungen in das wirklich Körperliche, die Übertragung aus der malerischen in die plastische Anschauung sowie das umgekehrte Verfahren für eine der Befreiung von dem Ausschließungsrechte des ersten Schöpfens in der einen Kunstgattung würdige verhältnismäßige Neuschöpfung.

Die graphische Kunst bedient sich allerdings hauptsächlich des Auftragens von Farben und Linien auf eine Fläche, in welchem Falle der Eindruck der Körperlichkeit des dargestellten Gegenstandes durch die Betrachtung des Kunstwerkes bei auffallendem Lichte erweckt wird. Sie kann indessen den Eindruck der Körperlichkeit des dargestellten hervorbringenden Wechsel von Licht und Schatten auch auf andere Weise zu erreichen suchen. Dies geschieht bei den Lithophanieen durch eine die Dicke des halbdurchsichtigen Materiales modifizierende Behandlung, um das durch den Stoffkörper als die Grundfläche durchscheinende Licht an den verschiedenen Stellen entsprechend abzutönen, indem hier der Eindruck der Körperlichkeit des dargestellten Gegenstandes durch die Betrachtung des Kunstwerkes bei durchscheinendem Lichte erweckt werden soll. Freilich wird hierbei ein Körper abgestuft, aber der Körper selbst in dieser Abstufung ist nicht das zur Erscheinung bestimmte Bild, sondern er vermittelt nur das Bild dadurch, daß er dem durchscheinenden Lichte die verschiedenen Abstufungen der Intensität gewährt, durch welche erst das Bild zur Erscheinung gebracht wird. Die Probe für die Richtigkeit dieser Auffassung bietet die Betrachtung der Lithophanie bei auffallendem Lichte. Bei dieser Beleuchtung läßt sich zwar aus den Unebenheiten der Platte im großen und ganzen herausfinden oder wenigstens annähernd erraten, was dargestellt werden

soll, aber die Einzelheiten entziehen sich meist der Kenntnis und, was das wesentliche ist, der Eindruck, den der Beschauer empfängt, ist nichts weniger als ein klarer, harmonischer, künstlerischer. Der Grund liegt eben darin, daß die Erhebungen und Vertiefungen der Platte nicht, wie bei einem plastischen Kunstwerke, sich an den darzustellenden Gegenstand in seiner körperlichen Gestalt anschließen und dadurch denselben unmittelbar wiedergeben, daß sie vielmehr nur dazu bestimmt sind, dem durchscheinenden Lichte bestimmte Gradationen zu geben. Dadurch kommt es, daß, wie dies z. B. bei dem Schaukelseile auf dem Bilde „le printemps" der Fall ist, ein Gegenstand, soweit er sich auf einen dunkleren Gegenstand profiliert, vertieft und in seiner Fortsetzung auf heller Unterlage erhaben dargestellt wird, daß ferner eine als eben gedachte und darzustellende Fläche nicht als gleichmäßige Ebene wiedergegeben wird, sondern, soweit sie durch einen anderen Gegenstand beschattet ist, erhabener geformt ist als in dem unbeschatteten Teile, daß Gesichtszüge eine geradezu fratzenhafte Gestalt annehmen. Kaum ein einziges Stück des Darstellungsgegenstandes von organischer Bedeutung, sei es ein Körperglied oder ein Gerät, ist gestaltet, bei dem nicht, eben um es durch Abstufungen in der Belichtung durch das durchfallende Licht zur Erscheinung zu bringen, das die Grundfläche bildende Material zugleich teils eben gelassen, teils vertieft oder erhaben geformt wäre, sodaß von einer Reliefbildung im künstlerischen Sinne nicht die Rede sein kann. Es ist durchsichtiger Stoff entsprechend den Wirkungsmitteln der graphischen Kunst gemäß den Gesichtspunkten dieser Kunst behandelt, wie sich insbesondere auch aus dem bekundeten Herstellungshergange insofern ergiebt, als nach demselben bei Bearbeitung der Wachsplatte, auf welche die Zeichnung des Gemäldes durchgebaust ist, fortgesetzt der Effekt des durchfallenden Lichtes für die Entstehung der dem Originale entsprechenden Bildwirkung geprüft wird.

Die Revisionsklägerin will ein entscheidendes Gewicht darauf legen, daß doch immerhin die Prozellanplatte, wie dies auch bereits oben erwähnt worden ist, bei der zunächst sich ergebenden Betrachtungsweise jedes Gegenstandes, nämlich der unter auffallendem Lichte, das Körperliche des Darstellungsgegenstandes bis zu einem gewissen Grade, sei es auch ein unvollkommener, zur Erscheinung bringt und sie weist darauf hin, daß es für die Eigenschaft eines Kunstwerkes in der rechtlichen Bedeutung dieses Begriffes nicht auf den Grad der Vollkommenheit

und nicht auf die wirkliche Befriedigung des ästhetischen Gefühles des Beschauers ankomme. Allein so richtig der letztere Satz an sich ist, so paßt er doch nicht, wenn es sich darum handelt, ein Werk, das zum Zwecke einer bestimmten Betrachtungsweise geschaffen, nur bei dieser Betrachtungsweise zu der für dasselbe bezweckten Geltung kommt und denjenigen Eindruck harmonischer Schönheit hervorruft, zu dessen Hervorrufung es überhaupt befähigt ist, unter eine der beiden Kunstgattungen zu subsumieren. Hier kann nicht maßgebend sein, daß das Werk unter einer Betrachtungsweise als Werk einer anderen Kunstgattung, wie sie eben vom Schöpfer des Gebildes nicht intendiert ist, auch irgend einen Eindruck, aber, eben weil sich diese Betrachtungsweise mit dem Zwecke des Schöpfers und der Art seiner Herstellung nicht deckt, einen viel unvollkommeneren macht. Vielmehr kann nur der ästhetische Zweck, zu dem das Gebilde geschaffen ist, entscheiden.

Noch weniger kann natürlich darauf Wert gelegt werden, daß etwa tüchtige Modellierer oder sonst mit der Herstellungsart Vertraute schon aus der plastischen Form des nicht unter durchfallendem Lichte betrachteten Gebildes Anregung oder eine gewisse Befriedigung schöpfen. Diese Wirkung ist nicht der Zweck der Nachbildung und kann deshalb nicht für deren Klassifizierung maßgebend sein. Daß sich Grundsätze, wie sie für das Musterschutzgesetz in bezug auf die Formenvorbilder für gewerbliche Erzeugnisse in dem in Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen Bd. 14 S. 46 flg. abgedruckten Urteile angenommen worden sind und entsprechend auch die dortigen Begriffsbestimmungen in bezug auf Flächenerzeugnisse und plastische Erzeugnisse, nicht auf Erzeugnisse der bildenden Künste übertragen lassen, ist bereits in jenem Urteile S. 54. 55 hinlänglich angedeutet worden. Bei einem plastischen gewerblichen Erzeugnisse, das als Werkzeug zur Hervorbringung von der plastischen Form entsprechenden Flächenerzeugnissen dienen soll, erscheint allerdings dieses Verhältnis von Mittel zum Zwecke nicht erheblich und vermag den Urheber eines neuen Formenvorbildes nicht zu verhindern, dies zum schutzberechtigten Muster gerade für die plastischen Erzeugnisse, die Werkzeuge, zu bestimmen. Aber bei Werken der bildenden Kunst, deren Wesen in dem Abschlusse eines Herstellungsprozesses zu einer schönen, einen individuellen geistigen Inhalt möglichst erschöpfend und harmonisch darstellenden Gestaltung beruht, kann nicht durch Anknüpfung an eine Formbildung, die innerhalb des fortschreitenden Her-

stellungsprozesses irgend einmal eingetreten ist, mittels Unterschiebung eines Kreises Sachverständiger, die schon hieran Freude beim Anschauen empfunden, der Charakter des Kunstwerkes bestimmt werden. Und was von der Formenbildung in irgend einem, im Verlaufe des Herstellungsprozesses überschrittenen Stadium gilt, das gilt auch von der Betrachtung der schließlichen Form lediglich als tote, unorganische Form, wo es für die Erreichung des ästhetischen Endzweckes auf ihre Beschauung als Abstufung in betreff der Belichtung abgesehen ist.

Darauf aber, ob bei der Erzielung des bestimmungsgemäßen Eindruckes durch die Licht- und Schattenverteilung der Beschauer zugleich wahrnimmt, daß die Wirkung auf Hebungen und Senkungen im Materiale beruht, oder ob er sich in der Täuschung, daß nur die Fläche des Materiales benutzt sei, befindet, kommt es überhaupt nicht an.

Nach dem hier Ausgeführten entscheidet für die Charakterisierung des Gebildes nicht irgend ein Täuschungseffekt, wenn man nicht etwa die Andeutung des Körperlichen der dargestellten Objekte durch die Licht- und Schattenwirkungen, wie sie eben bei jedem Produkte der malerischen oder zeichnenden Kunst erfolgt, als Täuschung auffaßt. Die Lithophanieen gehören nicht deshalb der zeichnenden Kunst an, weil der Beschauer den Eindruck empfängt, daß es Bilder seien, während es keine sind, sondern weil sie in der Darstellungsweise dieser Kunst, diesen Begriff richtig verstanden, hergestellt sind und ihr entsprechend wirken, also Bilder sind. Die Konsequenzen, welche die Revisionsklägerin aus der von ihr bekämpften Auffassung, um ihre Verfehltheit darzuthun, für die Klassifizierung des Stereoskopbildes und solcher Zeichnungen die täuschend wie Reliefs aussehen, zu ziehen sucht, treffen daher nicht zu.

Aus diesen im wesentlichen mit den Gründen des Berufungsurteiles, dem Gutachten des angerufenen künstlerischen Sachverständigenvereines und den Ausführungen des in Goltdammer (Archiv für Strafrecht 1885 S. 342 flg.) abgedruckten Aufsatzes übereinstimmenden Gründen war die Revision als unbegründet zurückzuweisen."

18. Iſt der Verkaufsagent verpflichtet die Kreditwürdigkeit der von ihm präſentierten Käufer zu prüfen und darüber dem Auftraggeber zu berichten?

I. Civilſenat. Urt. v. 24. November 1886 i. S. G. u. H. (Bekl.) w. C. W. u. H. (Kl.). Rep. I. 323/86.

I. Landgericht Stettin.
II. Oberlandesgericht daſelbſt.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter geht von richtigen Grundſätzen betreffs der Verpflichtung des Agenten gegenüber dem Auftraggeber aus. Wer als Verkaufsagent, wenn auch nicht zum Abſchluſſe, ſondern nur zur Vermittelung von Geſchäften beſtellt iſt, hat, ſoweit er nicht durch beſondere Umſtände von dieſer Verpflichtung befreit erſcheint, die Kreditwürdigkeit der von ihm präſentierten Käufer zu prüfen und darüber den Auftraggeber wahrheitsgetreu zu berichten. Letztere Verpflichtung liegt ihm auch ob, wenn er von dem Eintritte der Kreditunwürdigkeit zwar erſt nach Abſchluß des Vertrages, aber doch noch zu einer Zeit Kunde erhält, in welcher dem Auftraggeber noch die Möglichkeit gegeben iſt, Maßregeln zur Wahrung ſeines Intereſſe zu ergreifen. Die Verletzung dieſer Verpflichtung macht den Agenten ſchadenserſatzpflichtig.

Dieſer aus dem Weſen und Zwecke des Agenturverhältniſſes ſich ergebende Grundſatz iſt ſchon vom Reichsoberhandelsgerichte,

vgl. Entſch. des R.O.H.G.'s Bd. 22 Nr. 27 S. 121,

anerkannt worden."

---

19. Wird der Traſſant eines Wechſels an eigene Order dadurch, daß er ſeinem Indoſſamente den Vermerk „ohne Obligo" beifügt, von ſeiner Regreßpflicht als Ausſteller frei?

I. Civilſenat. Urt. v. 4. Dezember 1886 i. S. B. (Bekl.) w. A. (Kl.) Rep. I. 346/86.

I. Landgericht I Berlin, Kammer für Handelsſachen.
II. Kammergericht daſelbſt.

Aus den Gründen:

„Die Frage, ob nach deutschem Wechselrechte der Aussteller eines an eigene Order gezogenen Wechsels durch den Zusatz „ohne Gewährleistung" oder „ohne Obligo" bei seinem Indossamente seine Regreßverpflichtung als Aussteller beseitigen kann, ist vom Reichsoberhandelsgerichte in den in Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 1 S. 97 flg., Bd. 21 S. 274 abgedruckten Urteilen verneint worden. Diesem Ergebnisse, welchem auch Dernburg (Preußisches Privatrecht Bd. 2 S. 777 Note 6, vgl. auch S. 729 Note 5, sowie Kuntze im Endemann'schen Handbuche Bd. 4 Abt. 2 S. 149) beigestimmt haben (vgl. auch Braun, Die Lehre vom Wechsel S. 161 Note 10), mußte beigetreten werden. Die Argumente, welche gegen dasselbe aus der Auffassung, daß der Wechsel an eigene Order erst mit einem ersten Indossamente ein fertiger Wechsel werde, indem der erste Indossatar in Wahrheit der Remittent sei, hergeleitet werden, erscheinen nicht stichhaltig, weil diese Auffassung unhaltbar ist. Sie steht im Widerspruche mit dem Texte des Art. 6 W.O. in Vergleichung mit Art. 4 Nr. 3, seiner Entstehungsgeschichte und seinem Zwecke, nach welchen offenbar auch der Aussteller eines solchen nicht begebenen Wechsels aus einem gegebenen Accepte sollte Wechselrechte erwerben können. Der Umstand, daß, solange der Aussteller den Wechsel in Händen behält, wegen seiner Personenidentität mit dem Remittenten die Haftung als Aussteller ruht, findet seine Beseitigung durch die Indossierung, indem hiermit die Haftung sowohl als Aussteller, wie als Remittent, der erster Indossant ist, in Wirksamkeit tritt. Auch wenn der Umfang der Haftung aus jeder dieser beiden Rechtsstellungen der nämliche wäre, so würde damit immer die rechtliche Thatsache des Vorhandenseins beider Rechtsstellungen mit der sich aus jeder von beiden ergebenden Verpflichtung nicht beseitigt werden. Übrigens ist ein Unterschied in betreff des Verpflichtungsumfanges bei beiden Rechtsstellungen jedenfalls insofern vorhanden, als der Zieher des Wechsels an eigene Order nur als Aussteller, nicht als Indossant, auf Grund der Bereicherung nach Art. 83 W.O. haften würde. Für die vorliegende Frage entscheidend ist aber derjenige Unterschied, der zwischen der Rechtsstellung des Ausstellers und der des Indossanten in bezug auf die Möglichkeit, überhaupt die Haftung auszuschließen, besteht. Könnte dem Formerfordernisse der Unterschrift eines Ausstellers unter gleichzeitiger Befreiung des Unterzeichners von

der wechſelmäßigen Haftung als Ausſteller genügt werden, ſo möchte es freilich vielleicht als ein zu weitgehender Formalismus erſcheinen, daß der Ausſteller, der zugleich Remittent iſt, durch den Zuſatz des „ohne Gewähr" bei ſeinem Indoſſamente ſich nicht zugleich von der wechſelmäßigen Haftung als Ausſteller ſollte befreien dürfen, vielmehr für dieſen Zweck denſelben Vermerk nochmals auf die Vorderſeite des Wechſels bei ſeiner Ausſtellerunterſchrift zu ſetzen hätte. Aber darin, daß, wer die Rechtsſtellung als Ausſteller einnehmen will, ſich der Haftung als ſolcher durch eine Erklärung auf dem Wechſel — zu unterſcheiden von einer beſonderen Abrede außerhalb des Wechſels — überhaupt nicht entziehen kann, liegt der maßgebende Grund für die Entſcheidung der Kontroverſe in dem hier vertretenen Sinne.

Vgl. Striethorſt, Archiv Bd. 64 S. 287; Volkmar und Löwy, Wechſelordnung S. 25.

Nach Art. 4 Nr. 5 W.O. gehört „die Unterſchrift des Ausſtellers (Traſſanten) mit ſeinem Namen oder ſeiner Firma" zu den weſentlichen Erforderniſſen eines gezogenen Wechſels. Nach Art. 7 a. a. O. entſteht aus einer Schrift, welcher eines der Erforderniſſe des Art. 4 fehlt, keine wechſelmäßige Verbindlichkeit, und keine der auf ſolche Schrift geſetzten Erklärungen hat Wechſelkraft. Von dem Ausſteller heißt es in Art. 8 a. a. O. unter „Verpflichtungen des Ausſtellers": „der Ausſteller eines Wechſels haftet für deſſen Annahme und Zahlung wechſelmäßig", ohne daß der Ausſchluß dieſer Verbindlichkeit im Falle einer beſtimmten Hinzufügung, wie dies im Art. 14 a. a. O. beim Indoſſamente und im Art. 21 a. a. O. bei der Erklärung des Bezogenen geſchehen, vorgeſehen iſt. Daraus folgt nun zwar nicht, daß, wenn ſich neben der Namensunterſchrift auf der Vorderſeite des Wechſels an der Stelle, an welcher die Ausſtellerunterſchrift zu ſtehen pflegt, noch eine Hinzufügung von Worten findet, dieſe unter allen Umſtänden ignoriert werden müßten. Vielmehr wird es ſich darum fragen, ob nicht entſprechend dem Inhalte des Zuſatzes die Bedeutung der Unterſchrift als Ausſtellerunterſchrift beſeitigt wird, in welchem Falle dann aber auch wegen Mangels eines weſentlichen Erforderniſſes keine der Erklärungen in der Urkunde Wechſelkraft hat. Dagegen iſt die Möglichkeit, daß die Ausſtellerunterſchrift als erfülltes Formerfordernis des Wechſels wirkt, aber der Ausſteller von der Haftung als ſolcher durch einen Zuſatz auf dem Wechſel befreit wird, ausgeſchloſſen. Anders laſſen ſich die angeführten Beſtimmungen,

die ihrem Wesen nach Formvorschriften sind, nicht verstehen. Kann es sich danach aber nur darum handeln, ob die Unterschrift als Aussteller als beseitigt anzusehen ist, so ist mit Recht anzunehmen, daß solche Wirkung, auch wenn sie, was dahingestellt bleiben kann, durch die Hinzufügung eines Vermerkes wie „ohne Gewährleistung" oder „ohne Obligo" zur Unterschrift auf der Vorderseite herbeigeführt werden kann, einem entsprechenden Zusatze beim Indossamente nicht beizumessen ist. Denn nicht der Wille des Beteiligten, in einem solchen Falle, in dem zwei miteinander unvereinbare Dinge (Rechtsstellung als Aussteller eines in Cirkulation zu setzenden Wechsels und Ausschluß der Haftung als Aussteller, gewollt werden) von besonders prekärer Natur, sondern nur die Form kann entscheiden. Die Unterschrift als Aussteller ist aber in dieser ihrer erkennbaren Bedeutung in keiner Weise beeinträchtigt, und daraus ergiebt sich die Haftung als solcher entsprechend Artt. 8. 51. 81 a. a. O. vorbehaltlich besonderer Abreden mit einem Wechselnehmer."

---

20. Kann die Gestattung der Domizilierung eines Wechsels nur durch ausdrückliche Erklärung erteilt werden?

I. Civilsenat. Urt. v. 22. Januar 1887 i. S. B. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 390/86.

I. Landgericht I. Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

... „Die Gestattung der Beifügung eines Domizilvermerkes ist darin von anderen rechtlichen Erklärungen nicht verschieden, daß sie auch ohne ausdrücklich darauf gerichtete Worte wirksam abgegeben werden kann. Der Berufungsrichter macht sich mithin dadurch keines Rechtsirrtumes schuldig, daß er die Möglichkeit statuiert, der Beklagte B. habe sich dadurch, daß er sich, während er mit den anderen Beteiligten über die Ausstellung des Wechsels verhandelte, zu der Erklärung des Acceptanten, es sei ihm gleichgültig, wo der Wechsel domiziliert werde, ruhig verhielt, mit der eventuellen Beifügung eines Domizilvermerkes einverstanden erklärt." ...

21. Ist gegen eine Aktiengesellschaft, welche ihre eigenen, infolge einer falschen Bilanz in die Höhe getriebenen Aktien durch eine vorgeschobene Person verpfänden läßt, die actio doli gegeben?

I. Civilsenat. Urt. v. 16. März 1887 i. S. Baseler Handelsbank (Kl.) w. Konkursverwalter der Bremer Vereinsbank (Bekl.). Rep. I. 38/87.

I. Landgericht Bremen.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Die Bremer Vereinsbank, als Aktiengesellschaft 1881 gegründet, machte riskante Spekulationen, welche zum Teil unglücklich ausfielen. Um den schlechten Stand der Gesellschaftsverhältnisse zu verdecken, wurde die Bilanz für 1883 unwahr aufgemacht. Im Dezember 1884 wurde der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen eröffnet. Es ergab sich, daß die Forderungen der Gläubiger nicht ganz gedeckt werden konnten und das Aktienkapital verloren war.

Zu denjenigen Personen, welche mit der Bank in regem Geschäftsverkehre standen und derselben hohe Beträge schuldeten, gehörte die Firma B. & Co.

Kurze Zeit nach der Eröffnung des Konkurses über die Vereinsbank wurde der Konkurs über das Vermögen dieser Firma und deren Inhaber eröffnet.

Auf Veranlassung einer Zeitungsannonce der Klägerin, in welcher diese sich erbot, gegen Hinterlage von couranten Wertpapieren Vorschüsse zu leisten, hatten sich im Jahre 1883 zwischen B. & Co. und der Vereinsbank Verhandlungen entsponnen, welche dazu führten, daß die Vereinsbank aus ihren bei ihr deponierten eigenen Aktien für 150 000 ℳ Nominalbetrag an B. & Co. gab, um dieselben bei der Klägerin zu verpfänden und die von dieser darauf erhaltenen Beträge ihr herauszugeben. Diese Aktien übergaben B. & Co. der Klägerin als Pfand, erhielten darauf 120 000 Franken dargeliehen, welchen Betrag sie der Vereinsbank auszahlten. Das Geschäft wurde mehrmals prolongiert, die Vereinsbank zahlte die Zinsen.

Darüber, ob die der Vereinsbank ausgezahlten Beträge dem B.'schen Konto gutgeschrieben worden seien oder nicht, und ferner, ob die Vereinsbank B. & Co. gegenüber die Verpflichtung übernommen habe, die Mittel

zur Zurückzahlung des von der Klägerin gegebenen Darlehns zu gewähren, differieren die Angaben der Parteien.

Die Klägerin hat eine auf Grund dieses Sachverhaltes von ihr beanspruchte Forderung mit 96 894,92 ℳ im Konkurse der Vereinsbank angemeldet und beantragt, da der Konkursverwalter diese Forderung bestritten hat, festzustellen, daß ihr eine Forderung in dieser Höhe gegen die beklagte Konkursmasse zustehe. Vom ersten Richter abgewiesen, hat sie, da ihr inzwischen aus der B.'schen Konkursmasse Zahlungen zugegangen beziehungsweise von ihr zu erwarten seien, den Gegenstand ihres Antrages auf 90 815,26 ℳ beschränkt.

Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Auf Revision der Klägerin wurde das Berufungsurteil aufgehoben.

Aus den Gründen:

„1. Dem Berufungsrichter ist darin beizutreten, daß auf Grund lediglich eines vom Vorstande der Vereinsbank an B. & Co. erteilten Auftrages oder der versio in rem ein Anspruch der Klägerin nicht erhoben werden könnte. Dagegen ist es rechtsirrtümlich, wenn der Berufungsrichter auch den Anspruch aus einem von der Vereinsbank ausgegangenen Dolus abspricht.

2. Die Vereinsbank hat der Firma B. & Co. eine Anzahl ihrer eigenen Aktien übergeben zu dem Zwecke, durch Lombardierung derselben bei der Klägerin sich Geld zu verschaffen und dieses ihr, der Vereinsbank, auszuzahlen. Die Lombardierung ist erfolgt und der daraus erhaltene Betrag der Vereinsbank übergeben worden. Bei Abschluß des Geschäftes wußten die Vertreter der Vereinsbank, daß die Vermögensverhältnisse der Firma B. & Co. sowie die der Vereinsbank selbst schlecht standen und daß der Kurs der Aktien ein bei weitem zu hoher war, ferner aber auch, daß dieser Kurs durch unlautere Mittel, nämlich falsche Aufstellung der Bilanz, in der notierten Höhe gehalten worden sei.

Es kann hier unerörtert bleiben, ob die Vereinsbank für jeden aus der Anwendung dieser unerlaubten Mittel entstandenen Schaden ohne weiteres würde einzustehen gehabt haben; soviel aber folgt aus den allgemeinen Grundsätzen über Dolus jedenfalls, daß, wenn die Vereinsbank sich durch Vornahme eines Geschäftes mit den betreffenden Aktien von der Klägerin einen Vorteil verschaffte, welchen sie nicht erlangt hätte, wenn nicht über ihren Vermögensstand und den Wert ihrer Aktien

bei der Klägerin ein Irrtum vorhanden gewesen wäre, dieser Vorteil als ein dolos erlangter zu behandeln ist.

Zwar argumentiert der Berufungsrichter folgendermaßen. Der Verkäufer oder Verpfänder einer Ware sei nicht verpflichtet, seinem Kontrahenten nähere Auskunft über den Wert oder Unwert der verkauften oder verpfändeten Sache zu geben. B. & Co. würden also nicht widerrechtlich gehandelt haben, wenn sie die fraglichen Aktien zum Börsenkurse verkauften oder auf dessen Basis verpfändeten, wenngleich ihnen die schlechten Verhältnisse der Vereinsbank bekannt waren. Darum könne auch dem Vorstande der Vereinsbank keine Widerrechtlichkeit zum Vorwurfe gemacht werden, wenn er in gleicher Kenntnis B. & Co. veranlaßte, so zu handeln, und ihnen die Mittel dazu an die Hand gab.

Diese Argumentation ist eine irrige. Würde die Vereinsbank im Bewußtsein, daß infolge einer von ihr beziehungsweise ihren Organen ausgegangenen rechtswidrigen Handlung ihre Aktien weit über den wahren Wert notiert waren, den ursprünglichen oder prolongierten Vertrag über die Aktien direkt mit der Klägerin abgeschlossen haben, so würde ihr dies zum Dolus angerechnet werden müssen. Das Gleiche aber gilt, wenn die Vereinsbank dies durch Vorschiebung einer anderen Person vorgenommen hat. Zwar hat in diesem Falle der Beschädigte keine Kontraktsklage gegen die Beklagte erworben, allein durch die Realisierung der rechtswidrigen Absicht ist die wesentliche Voraussetzung der actio doli gegeben.

3. Der Berufungsrichter legt bei Beurteilung der Frage, ob ein Dolus der Vereinsbank anzunehmen sei, darauf Gewicht, daß das ganze fragliche Geschäft von der Klägerin ausgegangen sei. Dieselbe habe in Zeitungen annonciert, daß sie Geld verzinslich gegen Sicherheit auszuleihen wünsche. Hierdurch seien B. & Co. und die Vereinsbank zum Eingehen des fraglichen Geschäftes angeregt worden. Nachdem die Vereinsbank dem B. & Co. eine Anzahl ihrer Aktien zur Verfügung gestellt habe, sei es zum Abschlusse des Geschäftes gekommen, übrigens erst nachdem klägerischerseits an anderen Orten Erkundigung über die Verhältnisse der Vereinsbank eingezogen worden war. Weder B. & Co. noch die Vereinsbank hätten irgend welchen Antrieb zum Geschäfte ausgeübt.

Hiergegen ist zu bemerken, daß, wie es für die rechtliche Wirkung eines Vertrages an sich gleichgültig ist, von welchem der Kontrahenten

die Offerte ausgegangen ist, so auch der Umstand, daß jemand, der außerkontraktlich eine schädigende Handlung vorgenommen hat, nicht aus eigener Initiative, sondern auf Veranlassung des Geschädigten gehandelt hat, der Möglichkeit der Annahme eines dolosen Verhaltens nicht entgegensteht. Im vorliegenden Falle bestand die Thätigkeit der Vereinsbank, nachdem ihr die von der Klägerin an B. & Co. gerichtete Offerte, gegen Lombardierung von Aktien der Vereinsbank ein Darlehn zu gewähren, mitgeteilt worden war, nicht etwa nur darin, den B. & Co. durch Gewährung solcher Aktien die Möglichkeit zu gewähren, den betreffenden Vertrag einzugehen, das heißt für eigene Rechnung einzugehen, sondern die Vereinsbank gewährte die Aktien zu dem Zwecke, daß derjenige Betrag, welchen B. & Co. von der Klägerin erhielten, ihr selbst ausbezahlt werde. Kannte aber nun die Vereinsbank bei Vornahme dieser Handlung den schlechten Stand ihres Vermögens und wußte sie, daß durch unerlaubte Mittel ihre Aktien weit über den wahren Wert notiert waren, so charakterisiert sich diese Hingabe ihrer Aktien zu dem fraglichen Zwecke als ein gegen die Klägerin gerichteter Dolus.

Mit Recht wird auf l. 20 Dig. de dolo malo 4, 3 verwiesen, in welcher Stelle der Jurist in einem ähnlich liegenden Falle die actio doli giebt. Allerdings ist das Moment, aus welchem dort der Herr für das dem Sklaven vom Dritten gegebene mnd an ihn selbst gekommene Darlehn haftbar erklärt wird, sein „hortatus"; allein es beruht auf einer irrtümlichen Auffassung dieses Ausdruckes, wenn der Berufungsrichter im vorliegenden Falle einen solchen hortatus nicht findet. Allerdings ist von der Vereinsbank nicht die erste Anregung zum fraglichen Geschäfte ausgegangen, nichtsdestoweniger hat dieselbe aber den Abschluß des Geschäftes und zwar dadurch, daß sie die Mittel zur Ausführung gewährte, in prägnantester Weise gebilligt und insofern so recht eigentlich die Veranlassung zum Geschäfte gegeben. Es ist daher irrig, wenn der Berufungsrichter in der betreffenden Ausführung der Klägerin eine „Verwechslung des bloßen Kausalzusammenhanges mit dem Dolus" finden will.

4. Der Annahme eines Dolus steht auch nicht, wie der Berufungsrichter annimmt, entgegen, daß seitens der Vereinsbank bei Abschluß des fraglichen Geschäftes, möglicherweise die Erwartung gehegt wurde, die Vermögensverhältnisse der Bank würden sich besser gestalten, sodaß

dieſelbe eventuell imſtande ſein werde, der Klägerin gerecht zu werden. Durch eine derartige Hoffnung iſt das bei Vornahme des Geſchäftes vorhandene Bewußtſein, die Klägerin aktuell in rechtswidriger Weiſe zu übervorteilen, nicht ausgeſchloſſen.

5. In den vorſtehenden Ausführungen iſt davon abgeſehen worden, daß die Vereinsbank als Aktiengeſellſchaft nicht imſtande war, perſönlich zu handeln, ſondern daß ſie nur durch ihren Vorſtand handeln konnte und gehandelt hat. Für die Beantwortung der beſprochenen Einzelfragen war dieſes Moment gleichgültig. Für die Entſcheidung der Hauptfrage iſt dasſelbe von größter Bedeutung und darum auch vom Berufungsrichter beſonders hervorgehoben worden.

Es kann indes von einer eingehenden Erörterung der Frage, ob, wenn der Vorſtand außerkontraktlich delinquiert, ſpeziell wenn er durch den Abſchluß von Geſchäften, welche innerhalb ſeines Geſchäftskreiſes liegen, Dritte, mit denen er nicht kontrahiert, abſichtlich ſchädigt, die Aktiengeſellſchaft hierfür ohne weiteres haftet, hier abgeſehen werden. Es genügt, von dem allgemein anerkannten Satze auszugehen, daß die Aktiengeſellſchaft aus einem Delikte des Vorſtandes jedenfalls dann und ſoweit haftet, als durch das Delikt etwas in ihr Vermögen gekommen iſt.

Im vorliegenden Falle war nun die Abſicht des Vorſtandes bei Ingangſetzung der fraglichen Unternehmung dahin gerichtet, für den eigenen Zweck der Vereinsbank bares Geld von der Klägerin zu bekommen. Dieſe Abſicht ſetzte der Vorſtand dadurch ins Werk, daß er von den von ihm oder ſeinem Vorgänger widerrechtlich in die Höhe getriebenen Aktien an B. & C. gab, um die Papiere an die Klägerin zu verpfänden und die darauf erhaltenen Summen der Vereinsbank zu übergeben. Hierin lag ein gegen die Klägerin gerichteter Dolus. Der Erfolg dieſer Handlungsweiſe war, daß eine bare Summe in das Vermögen der Vereinsbank kam. Hierdurch ward eine direkte rechtliche Beziehung zwiſchen der Vereinsbank und der Klägerin begründet, aus welcher der Klägerin die actio doli auf Rückgabe der betreffenden Summe zuſteht. Wozu die Vereinsbank das ſo erhaltene Geld verwendet hat, iſt gleichgültig; die Verwendung hebt die Verpflichtung zur Rückerſtattung nicht auf. Dies gilt auch für den Fall, daß die Vereinsbank in Höhe des erhaltenen Betrages diejenige Perſon, durch welche die Summe an ſie gelangt war, B. & Co., von ihrer Verpflichtung gegen ſie

befreiten. Für die de in rem verso actio würde dieser Umstand allerdings bedeutungsvoll sein, denn dieser Anspruch beruht auf dem zwischen der Klägerin und B. & Co. abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und kann gegen die Vereinsbank nur soweit geltend gemacht werden, als auf Grund des zwischen dieser und B. & Co. bestehenden Rechtsverhältnisses eine Bereicherung an sie gelangt beziehungsweise bei ihr geblieben ist. War also vom Anfang an vereinbart, daß für Hingabe des bei der Klägerin zu erhebenden Geldes an die Vereinsbank B. & Co. von ihrer Verpflichtung gegen die Vereinsbank befreit sein solle, oder trat diese Befreiung nachher ein, so war der de in rem verso actio das Fundament entzogen. Anders aber bei der actio doli, welche, wie ausgeführt, auf dem durch den Dolus zwischen der Klägerin und der Vereinsbank direkt begründeten Rechtsverhältnisse beruht, bei welchem also das zwischen der Vereinsbank und B. & Co. bestehende Rechtsverhältnis gar nicht in Betracht kommt. Es braucht mithin hier auch nicht untersucht zu werden, wie sich in dieser Beziehung das Verhältnis zwischen der Vereinsbank und B. & Co. durch eine Zahlung der Vereinsbank an die Klägerin gestaltet; es genügt zu bemerken, daß, da der kontraktliche Anspruch der Klägerin gegen B. & Co. und der Anspruch derselben gegen die Vereinsbank aus deren Dolus auf den nämlichen Gegenstand gerichtet sind, die Klägerin, soweit sie eine Zahlung von der Beklagten erhielt, keinen Anspruch gegen B. & Co. geltend machen kann, ebenso wie die Klägerin das von B. & Co. Erhaltene sich auf ihre Forderung an die Beklagte anrechnen lassen muß.

6. Liegt aus dem konkreten Geschäfte eine Bereicherung der Beklagten vor, so kann von der Prüfung einer weiteren Ausführung des Berufungsrichters ganz abgesehen werden. Diese geht dahin, daß derjenige, welcher Aktien erworben hat, sei es als Eigentümer oder als Pfandgläubiger, und dadurch Aktionär geworden ist, Ansprüche, welche er aus diesem Geschäfte erworben hat, nicht gegen die Konkursmasse der Aktiengesellschaft geltend machen könne, weil das Aktienkapital zunächst zur Tilgung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger bestimmt sei. Der Berufungsrichter giebt in den Entscheidungsgründen selbst zu, daß „auch hier aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung die Beurteilung der Sache sich ändern würde und man nicht würde umhin können, der Klägerin, wenn sie, irregeleitet durch die von den Organen der Vereinsbank veröffentlichten wissentlich unwahren Geschäftsberichte

und unrichtigen Bilanzen, Aktien erworben hat, insoweit einen Ersatzanspruch gegen die Bank einzuräumen, als derselben gerade durch das Erwerbsgeschäft der Klägerin eine Bereicherung zugeflossen ist".

7. Die Einrede der Verjährung erledigt sich dadurch, daß nicht in der Aufmachung der falschen Bilanz, beziehungsweise in der Bekanntmachung derselben, sondern in der Hingabe der Aktien zum Zwecke der Verpfändung und im Empfange des darauf erhaltenen Geldes sowie in der Belassung der Aktien bei Prolongation der Dolus der Beklagten zu finden ist."

---

22. Ist bei Anfechtung eines Veräußerungsvertrages aus §. 24 Ziff. 2 K.O. eine Benachteiligung der Gläubiger durch den Abschluß des Vertrages dann als ausgeschlossen anzusehen, wenn das Entgelt dem Werte der veräußerten Gegenstände völlig entspricht?

III. Civilsenat. Urt. v. 5. April 1887 i. S. Schl. (Kl.) w. den Konkursverwalter im Cr. Konkurse (Bekl.). Rep. III. 14/87.

I. Landgericht Rudolstadt.
II. Oberlandesgericht Jena.

Der Kläger, dessen Ehefrau eine Schwester der Ehefrau des Gemeinschuldners ist, hat in dem letzten Jahre vor Eröffnung des Konkurses Maschinen von dem Gemeinschuldner gekauft und dieselben dem Gemeinschuldner zur Benutzung auf ein Jahr überlassen. Die auf Aussonderung dieser Maschinen gegen den Konkursverwalter gerichtete Klage ist vom Berufungsgerichte auf die Berufung des Beklagten abgewiesen und die vorzugsweise auf fehlende Benachteiligung der Gläubiger gestützte Revision des Klägers zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

... „Die Revision greift zunächst die Feststellung über die Benachteiligung der Gläubiger an. Der Berufungsrichter erwähnt zwar in seinen Entscheidungsgründen, daß die Schädigung der Gläubiger durch den Verkauf der Maschinen vom Berufungsbeklagten nicht bestritten worden sei; allein eine ausdrückliche Einräumung des Klägers ist nicht festgestellt, und nach dem in zweiter Instanz vorgetragenen erstinstanzlichen Thatbestande hat der Kläger darauf hingewiesen, daß

der Beweis einer Benachteiligung der Cr. Gläubiger durch den Vertragsabschluß nicht erbracht worden, auch nicht zu erbringen sei, da Cr. das Kaufgeld teils zur Befriedigung von Gläubigern benutzt, anderenteils in sein Geschäft verwendet habe. Die Revision kann daher die Frage aufwerfen, ob die Feststellung der Benachteiligung der Gläubiger in dem feststehenden Sachverhältnisse eine ausreichende Grundlage findet. Nach Auffassung des Revisionsklägers sind den Gläubigern durch die Veräußerung der Maschinen Befriedigungsmittel nicht entzogen, weil durch ein einfaches Umsatzgeschäft die vorher vorhandenen Befriedigungsmittel in gleichwertige andere Befriedigungsmittel umgesetzt worden sind. Aber mag man die Worte des §. 24 Ziff. 2 K.O.: „sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachteiligt werden", so zu verstehen haben, daß es nicht bloß darauf ankomme, ob die fraudulose Absicht überhaupt Erfolg gehabt, sondern weiter auch, ob schon durch den Vertragsabschluß eine Benachteiligung der Gläubiger eingetreten sei, so wird man jene Worte doch nicht in dem Sinne auffassen dürfen, daß eine Benachteiligung der Gläubiger stets als ausgeschlossen anzusehen sei, wenn das Entgelt dem Werte des veräußerten Gegenstandes völlig entspreche. Denn eine Benachteiligung durch den Abschluß des Vertrages tritt auch dann ein, wenn für die durch die Veräußerung der Exekution entzogenen Vermögensobjekte kein Ersatz geboten wird, weil, wie hier, das Entgelt in Geld besteht, welches eine Verwendung findet, die nichts zurückläßt, woran sich die Gläubiger halten können." ...

---

23. Gehört der §. 1 des preußischen Gesetzes vom 11. Mai 1842, welcher die Prüfung der Rechtmäßigkeit polizeilicher Verfügungen der vorgesetzten Dienstbehörde zuweist, zu den landesrechtlichen Bestimmungen, auf welche die Vorschrift des §. 11 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze Anwendung findet?

II. Civilsenat. Urt. v. 26. April 1887 i. S. der Fuhrunternehmerin M. H. (Kl.) w. die Stadt D., den ersten Beigeordneten F. und den Polizeikommissar v. L. das. (Bekl.) Rep. II. 452/86.

I. Landgericht Düsseldorf.
II. Oberlandesgericht Köln.

Die genannte M. H. hatte eine Entschädigungsklage erhoben, darauf gestützt, daß von den beiden mitbeklagten Beamten eine Reihe polizeilicher Maßregeln widerrechtlich gegen sie zur Ausführung gebracht worden und ihr dadurch ein die Summe von 2000 ℳ übersteigender Schade erwachsen sei.

Beklagtischerseits war dem gegenüber in erster Linie die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges geltend gemacht, da es sich hier lediglich um polizeiliche Verfügungen im Sinne des Gesetzes vom 11. Mai 1842 handele, die von der vorgesetzten Dienstbehörde, der Königl. Regierung zu D., für gerechtfertigt erklärt worden, daher die gerichtliche Verfolgung der Beklagten ausgeschlossen erscheine.

Die klägerische Replik, daß das bezogene Gesetz angesichts der Vorschriften des §. 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze hier keine Anwendung finden könne, ist in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen vom Reichsgerichte zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Es entsteht die Frage, ob nicht die Anwendung der §§. 1 und 6 des Gesetzes vom 11. Mai 1842, auf Grund dessen das Oberlandesgericht die Unzulässigkeit des Rechtsweges angenommen hat, durch die Vorschrift des §. 11 des Einführungsgesetzes zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetze ausgeschlossen wird. In diesem Sinne hat ein früheres Erkenntnis des Senates

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 48

anläßlich eines elsaß-lothringischen Falles ausgesprochen, daß die dort geltenden Landesgesetze — Art. 13 tit. II des Gesetzes vom 16./24. August 1790, Dekret vom 16. Fructid. des Jahres III —, wonach die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Anordnung dem Prinzipe der Trennung der Gewalten gemäß den Gerichten entzogen sei, als durch den §. 11 a. a. O. außer Kraft gesetzt anzusehen. Bei wiederholter Prüfung der Frage konnte aber an dieser Auffassung nicht festgehalten werden.

Zufolge §. 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes „gehören vor die ordentlichen Gerichte alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist, oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind". Daß es nun bei Einführung des

genannten Gesetzes nicht die Absicht war, in die landesrechtlichen Vorschriften, welche die Zuständigkeit von Justiz und Verwaltung regeln, einzugreifen, und man deshalb auch Abstand davon nahm, den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten reichsgesetzlich positiv zu bestimmen, ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte und der Fassung des §. 13 a. a. O.

Damit, daß derselbe auch die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten den ordentlichen Gerichten entzieht, welche nach Landesrecht der Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten überwiesen sind, ist die Geltung und Wirksamkeit der in den Einzelstaaten bestehenden Ressortgesetze grundsätzlich anerkannt.

Vgl. Wilmowski und Levy zu §. 13 a. a. O. Note 1 und 2; Struckmann und Koch zu §. 13 a. a. O. Note 1—3; Wach, Civilprozeß S. 78 flg.; Hauser, Zeitschrift Bd. 4 S. 242 flg.; Sarwey, Verwaltungsrechtspflege S. 287.

Zu den Gesetzen der bezeichneten Art gehört in Preußen das Gesetz vom 11. Mai 1842, welches die Entscheidung über die Gesetzmäßigkeit, Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit polizeilicher Verfügungen der vorgesetzten Verwaltungsbehörde zuweist.

Der §. 11 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetze bestimmt nun, daß „die landesgesetzlichen Vorschriften, durch welche die strafrechtliche oder civilrechtliche Verfolgung öffentlicher Beamten wegen ihrer Amtshandlungen an besondere Voraussetzungen gebunden sind, außer Kraft treten sollen". Derselbe trifft also seinem Wortlaute nach nur die speziellen Vorschriften der Landesgesetze, welche solche besonderen Voraussetzungen für die Verfolgung der Beamten aufstellen, und kann deshalb schon über seinen Wortlaut hinaus auf die allgemeinen, die Verwaltungszuständigkeit betreffenden Vorschriften nicht ausgedehnt werden. Dafür spricht denn auch die Entstehungsgeschichte desselben.

Nach dem Entwurfe des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung (§. 6 Nr. 2) sollten die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter welchen die Strafverfolgung öffentlicher Beamten wegen ihrer Amtshandlungen stattfinde, unberührt bleiben und waren in den Motiven S. 257 als Gegenstand der Nr. 2 bezeichnet, zunächst die in mehreren deutschen Staaten — Baden,

Rheinhessen — übergegangene Einrichtung des französischen Rechtes, wonach die strafgerichtliche Verfolgung eines öffentlichen Beamten wegen einer dienstlichen Handlung nicht ohne Genehmigung der obersten Staatsbehörde eintreten dürfe (Art. 75 der Konstitution vom 22. Frimaire des Jahres VIII), ferner auch die in Preußen bestehende Einrichtung einer Konfliktserhebung, wenn die vorgesetzte Behörde der Ansicht sei, daß dem angeschuldigten Beamten eine zur gerichtlichen Verfolgung geeignete Überschreitung seiner Amtsbefugnisse nicht zur Last falle (Gesetz vom 13. Februar 1854, G.S. S. 86).

In der Justizkommission fand aber die Aufrechterhaltung der bezüglichen Gesetze, weil sie nach der Ansicht der Mehrheit ein verwerfliches Privileg der Beamten begründeten und mit dem Rechtsschutze der Staatsbürger unvereinbar seien, lebhafte Bekämpfung, und es wurde in der ersten Lesung ein Antrag, welcher bezüglich der straf- und civilrechtlichen Verfolgung der Beamten ein dem Entwurfe entgegengesetztes Prinzip aussprach, angenommen (Protokolle S. 764). Letzteren hat dann mit einer Einschränkung seiner zu allgemeinen Fassung die Redaktionskommission in den Entwurf des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze als §. 9a: „Die landesgesetzlichen Bestimmungen, durch welche die Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen im Wege des Civil- oder Strafprozesses an besondere Voraussetzungen gebunden ist, treten außer Kraft", aufgenommen.

Vgl. Hahn, Materialien S. 1768—1771.

Dieser §. 9a ist dann, nachdem er gegen den erneuerten Widerspruch mehrerer Bundesratsbevollmächtigten aufrechterhalten worden, mit einer unwesentlichen Modifikation des Ausdruckes als Abs. 1 des §. 11 in das Einführungsgesetz übergegangen, und demselben nach dem Kompromisse bei der dritten Beratung im Reichstage der die näher normierte Vorentscheidung zulassende Absatz 2 hinzugefügt. Aus den Verhandlungen der Justizkommission und des Reichstages, bei welchen, soweit es Preußen betrifft, immer nur das Gesetz vom 13. Februar 1854 herangezogen wurde, ergiebt sich nun aber, wie das namentlich von Hauser, Zeitschrift Bd. 5 S. 37 flg., überzeugend nachgewiesen ist, kein ausreichender Anhaltspunkt dafür, daß von den gesetzgebenden Faktoren, speziell dem Bundesrate, eine über die Veranlassung und den

Wortlaut des §. 11 hinausgehende Bedeutung desselben, namentlich dessen Anwendung auf die landesgesetzlichen Vorschriften über die Verwaltungszuständigkeit gewollt sei. In der That läßt sich auch nicht verkennen, daß der legislatorische Grund, welcher die Beseitigung von landesgesetzlichen Spezialbestimmungen der Art, wie sie namentlich der Art. 75 der französischen Konstitution vom 22. Frimaire des Jahres VIII und das genannte preußische Gesetz enthalten, rechtfertigt, bei den landesgesetzlichen Vorschriften nicht in gleichem Maße Platz greift. Überdies würde die Annahme, daß der §. 11 a. a. O. auch diese Vorschriften außer Kraft setze, zu dem Resultate führen, daß, wenn es sich um die Verfolgung öffentlicher Beamten handelt, die ordentlichen Gerichte ausnahmsweise über Fragen zu entscheiden hätten, die, abgesehen von diesem Falle, der gesetzlichen Regel gemäß zur Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten gehören. Ein solches Resultat muß aber, vom theoretischen wie vom praktischen Standpunkte aus beurteilt, als nicht annehmbar gelten.

Das vorstehend Ausgeführte begründet nun die Annahme, daß an der Auffassung des früheren Erkenntnisses nicht festzuhalten ist und das Oberlandesgericht mit Recht seine Entscheidung auf das Gesetz vom 11. Mai 1842 gestützt hat.

Vgl. Wilmowski und Levy zu §. 11 a. a. O. Note 2; Struckmann und Koch zu §. 11 a. a. O. Anm. 3. 5; Wach, Civilprozeß S. 113 Note 90; Hauser, Zeitschrift Bd. 4 S. 281 flg. 303 flg., Bd. 5 S. 206 flg.; Sarwey, a. a. O. S. 308 flg."

---

24. Sind die von den Provinzialsteuerdirektoren über Steuervergütungen für ausgeführten Zucker ausgestellten „Anerkenntnisse" für den Handelsverkehr bestimmte Schuldverschreibungen im Sinne der Tarifposition II. 4 A² des Gesetzes, betreffend die Erhebung von Reichsstempelabgaben, vom $\frac{1. \text{ Juli } 1881}{29. \text{ Mai } 1885}$?

IV. Civilsenat. Urt. v. 28. April 1887 i. S. des preuß. Fiskus (Bekl.) w. die offene Handelsgesellschaft F. A. N. (Kl.) Rep. IV. 395/86.

I. Landgericht Magdeburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht Naumburg a./S.

Der Beklagte ist in erster Instanz verurteilt, anzuerkennen, daß die von der Klägerin aufgestellte Diskontnote vom 25. Februar 1886, betreffend die Diskontierung eines von dem Provinzialsteuerdirektor zu Magdeburg ausgestellten „Anerkenntnisses" über Zahlung einer Steuervergütung von 1809 ℳ für ausgeführten Rohzucker, der Reichsstempelabgabe nach Nr. 4 A des Tarifes des Reichsgesetzes, betreffend die Erhebung von Reichsstempelabgaben, nicht unterliegt. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung ist zurückgewiesen. Auf die Revision des Beklagten ist das Berufungsurteil aufgehoben und, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteiles, die Klage abgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Zulässigkeit des Rechtsweges und der Revision ist nach §. 32 des Gesetzes, betreffend die Erhebung von Reichsstempelabgaben, vom $\frac{\text{1. Juli 1881}}{\text{29. Mai 1885}}$ (R.G.Bl. von 1885 S. 179) außer Frage.

Der preußische Fiskus ist ferner der richtige Beklagte.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 11 S. 75 flg., Bd. 16 S. 85.

Streitig ist die Stempelpflichtigkeit des über das „Anerkenntnis" vom 5. Februar 1886 inhalts der Schlußnote vom 25. Februar 1886 geschlossenen Diskontierungsgeschäftes.

Das „Anerkenntnis" lautet:

„Anerkenntnis

über 1809 ℳ Steuervergütung für ausgeführten Zucker.

Für 10050 kg blonden Rohzucker, welche für die Kaufleute B. & M. zu Magdeburg am 11. November des Jahres 1885 $\left(\frac{\text{Nr. 1113}}{\text{Magdeburg}}\right)$ nach Hamburg ausgeführt worden sind, beträgt die Steuervergütung 1809 ℳ. Dieselbe kann vom 25. Mai 1886 ab in dem vorgedachten Betrage von jedem Inhaber dieses Anerkenntnisses entweder durch Abgabe des letzteren bei Hebestellen des Königreiches Preußen auf zu entrichtende Rübenzuckersteuer oder bar bei dem Hauptsteueramte zu Magdeburg erhoben werden. Jedoch findet die Annahme des Anerkenntnisses, sei es in Anrechnung auf schuldige Rübenzuckersteuer oder zum Empfange barer Zahlung überhaupt, nur bis zum 1. Dezember 1886 statt.

Magdeburg, den 5. Dezember 1885.

Der Provinzialsteuerdirektor.

v. J."

Nach der vorliegenden quittierten „Nota für die Reichsbankhauptstelle in Magdeburg" vom 25. Februar 1886 hat die klagende Handlung dieses in der Schlußnote als „Steuerbonifikationsschein für ausgeführten Rohzucker" bezeichnete „Anerkenntnis" bei der Reichsbankhauptstelle in Magdeburg diskontiert und den verschriebenen Betrag unter Abrechnung von 3% Diskont „auf Girokonto empfangen".

Nach der Bestimmung unter 4 A 2 des Tarifes zu dem Reichsstempelgesetze sind mit $^1/_{10}$ vom Tausend vom Werte des Gegenstandes des Geschäftes zu besteuern

„Kauf oder sonstige Anschaffungsgeschäfte über Wertpapiere der unter 1. 2. 3 dieses Tarifes bezeichneten Art".

Von diesen „Wertpapieren" kommt vorliegend ausschließlich die eine Kategorie der unter 2 des Tarifes erwähnten in Frage, nämlich:

„inländische für den Handelsverkehr bestimmte Schuldverschreibungen".

Das Berufungsgericht sieht zwar — und hierin ist demselben beizutreten — in dem Diskontierungsgeschäfte vom 25. Februar 1886 ein „Kauf- oder sonstiges Anschaffungsgeschäft". Dagegen wird verneint, daß das „Anerkenntnis" vom 5. Dezember 1885 als eine für den Handelsverkehr bestimmte Schuldverschreibung anzusehen sei. Es wird zwar für unbedenklich gehalten, das Anerkenntnis einer Geldschuld als eine Schuldverschreibung im Sinne der Tarifposition 2a zu erachten, jedoch angenommen, daß eine Schuldverschreibung nur dann vorliegen würde, wenn irgend welche gesetzliche Bestimmung bestände, aus der hervorginge, daß die Steuerbehörden angewiesen seien, über Steuervergütungsverpflichtungen Schuldverschreibungen auszustellen. „Denn — so wird ausgeführt — indem nach den bestehenden Gesetzen nur der Staat, also entweder das Deutsche Reich oder das Königreich Preußen, Steuervergütung gewähren kann und somit Schuldverschreibungen über zu gewährende Steuervergütung nur vom Staate ausgehen können, so liegt eine solche Schuldverschreibung nur vor, wenn deren Aussteller zur Ausgabe im Namen des Staates durch Gesetz ermächtigt ist." Ein solches Gesetz aber wird vermißt. Das Berufungsgericht findet weder in dem Bundesgesetze, die Besteuerung des Zuckers betreffend, vom 26. Juni 1869 (B.G.Bl. S. 282) noch in der preußischen Verordnung wegen Vergütung der Steuer für ausgeführten Rohzucker vom 2. Juli 1861 (G.S. S. 417)

eine Ermächtigung des Finanzministers, Schuldverschreibungen über Zuckersteuervergütung im Namen des Staates auszustellen oder ausstellen zu lassen. Hieraus wird gefolgert:

„Es können daher auch die Bestimmungen der vom Beklagten angezogenen Cirkularverfügung — es ist die noch zu erwähnende, gleichzeitig mit der Verordnung vom 2. Februar 1861 erlassene Cirkularverfügung des preußischen Finanzministers vom 2. Juli 1861 gemeint — lediglich als Anordnungen darüber, in welcher Weise die Zuckersteuervergütung zu gewähren sei, betrachtet werden, und hiernach kann der Zweck der Urkunde vom 5. Dezember 1885 nicht dahin ausgelegt werden, daß in derselben eine Schuldverschreibung geschaffen werden solle, sondern nur dahin, daß der Exporteur von inländischem Zucker ein Legitimationspapier in die Hand bekommen solle, welches ihn in die Möglichkeit versetzt, die für den Export zu gewährende Steuervergütung zu erheben. Die .. Urkunde ist nach dem Vorstehenden keine Schuldverschreibung, was sich aus ihrem Inhalte ergiebt... Von einer Schuldübernahme ist in der Urkunde nichts enthalten, und wenn darin die Zahlstelle bezeichnet ist, durch welche dem Berechtigten das Geld übermittelt werden soll, so wird dadurch das Wesen einer Schuldverschreibung nicht gekennzeichnet."

Diese Ausführungen sind rechtsirrtümlich.

Zunächst ist nicht klar, in welchem Sinne die Bezeichnung des Anerkenntnisses als „Legitimationspapier" gemeint ist. Indessen nach dem Zusammenhange und aus der Gegenüberstellung der „Schuldverschreibung" darf angenommen werden, daß nicht das sogenannte „Legitimationspapier" im Gegensatze zum „Inhaberpapier" hat bezeichnet werden sollen, da auch dieses „Legitimationspapier" regelmäßig eine Schuldverschreibung ist, sondern daß gemeint ist eine Urkunde, welche lediglich zur Legitimation dienen soll, also im Gegensatze zu einem Wertpapiere als derjenigen Urkunde, welche einen Vermögenswert in der Art repräsentiert, daß derjenige, welcher die Schrift ordnungsmäßig erwirbt, dadurch allein schon einen Vermögenswert erwirbt.

Vgl. v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche 2. Aufl. Bd. 2 S. 9.

Indessen, wie der Ausdruck „Legitimationspapier" auch gebraucht sein

mag, so kann keinem der beiden Gründe beigetreten werden, aus welchen dem „Anerkenntnisse" die Eigenschaft einer Schuldverschreibung abgesprochen wird.

Selbst wenn mit dem Berufungsgerichte anzunehmen wäre, daß die Abgabepflichtigkeit des Geschäftes (Tarif Nr. 4) abhängig sei von der Berechtigung des Ausstellers der Urkunde, über welche das Geschäft geschlossen ist (Tarif Nr. 1. 2. 3), so ist die Frage nicht dahin zu stellen, ob die Steuerbehörde ermächtigt ist, über Zuckersteuervergütungsverpflichtungen des Staates „Schuldverschreibungen" auszustellen, sondern ob sie ermächtigt ist, diejenige Urkunde auszustellen, welche den Gegenstand des als steuerpflichtig angesehenen Geschäftes bildet (§. 1 des Reichsstempelgesetzes). Die Frage, ob die Urkunde eine „Schuldverschreibung" im Sinne des Tarifes ist, ist eine von jener Ermächtigung unabhängige Rechtsfrage.

Die Berechtigung des Provinzialsteuerdirektors zu Magdeburg aber zur Ausstellung des „Anerkenntnisses" vom 5. Dezember 1885 ist nicht zu bezweifeln.

Die gesetzliche Grundlage dieses „Anerkenntnisses" bildet die preußische Verordnung vom 2. Juli 1861 (G.S. S. 417), welche zur Ausführung der von den Regierungen der zum Zollvereine gehörigen Staaten am 25. April 1861 abgeschlossenen Übereinkunft wegen Vergütung der Steuer für ausgeführten Rübenzucker (G.S. S. 420) ergangen ist. Der §. 5 dieser Verordnung beauftragte den preußischen Finanzminister mit der Ausführung derselben. Demzufolge enthielt die Bekanntmachung des Finanzministers vom 2. Juli 1861 (Centralbl. für Abgaben, Gewerbe- und Handelsgesetzgebung Jahrg. 1861 S. 232) die näheren Anordnungen über die dem Exporteur zu gewährende Vergütung. Das spätere Bundesgesetz vom 26. Juni 1869 (B.G.Bl. S. 282) und die zur Ausführung dieses Gesetzes von dem Ausschusse des Bundesrates des Zollvereines für Zoll- und Steuerwesen erlassene Anweisung vom 26. Juni 1869 (Centralbl. von 1869 S. 385. 386) hat an diesen Vorschriften nichts geändert (Bekanntmachung des preußischen Finanzministers vom 23. August 1869 Centralbl. S. 395). Das jetzt geltende Reichsgesetz, die Besteuerung des Zuckers betreffend, vom 1. Juni 1886 (R.G.Bl. S. 181) und die dazu von dem Bundesrate erlassenen Ausführungsbestimmungen vom 17. Juli 1886 (Centralbl. für das Deutsche Reich S. 235), sowie die von dem preußischen Finanzminister

erlassene Cirkularverfügung vom 18. Juli 1886 (Centralbl. der Abgaben- ꝛc Gesetzgebung und Verwaltung S. 140) kommen nicht in Betracht. Es sind übrigens auch in diesen neuesten Bestimmungen in betreff der Steuervergütungen die früheren Vorschriften wesentlich beibehalten und auch das „Anerkenntnis“ („Steuervergütungsschein“) ist im wesentlichen dasselbe geblieben (Centralbl. für das Deutsche Reich S. 247).

Nach jener preußischen Verordnung vom 2. Juli 1861 und der Bekanntmachung des Finanzministers von demselben Tage hatten die Hauptsteuerämter nach dem Ablaufe jedes Monates Steuervergütungsliquidationen über den im Laufe desselben als ausgeführt nachgewiesenen Zucker aufzustellen und mit den bescheinigten Anmeldungen den Provinzialsteuerbehörden vorzulegen. Unter Ziff. 7 der Bekanntmachung ist bestimmt:

„Die Provinzialsteuerbehörden haben die zu vergütenden Beträge festzustellen und entweder deren Anrechnung auf kreditierte Rübenzuckersteuer zu verfügen, soweit dies geschehen kann, oder darüber den Empfangsberechtigten Anerkenntnisse zu erteilen, welche auf jeden Inhaber lauten.

Diese Anerkenntnisse können auf zu entrichtende Rübenzuckersteuer bei preußischen Hebestellen, welche dergleichen zu empfangen haben, in Zahlung gegeben oder es kann die bare Zahlung des Betrages nach Ablauf der in den Anerkenntnissen bezeichneten Frist bei den darin genannten Kassen in Empfang genommen werden.

Die Anerkenntnisse werden nur gerade zu dem Betrage, auf welchen sie lauten, in Zahlung genommen oder bar eingelöst, und es ist nicht zulässig, die Abtragung einer geringeren Summe darauf in Abschreibung zu bringen.

Wenn die in ein Anerkenntnis übernommenen Vergütungsbeträge nicht innerhalb der in dem Anerkenntnisse bezeichneten Frist durch Anrechnung auf Rübenzuckersteuer oder bare Hebung in Empfang genommen werden, so verfallen die Beträge dem Zollvereine und es erlischt der Anspruch auf dieselben.“

Eine gleichzeitig erlassene Cirkularverfügung des Finanzministeriums, mit welcher die Bekanntmachung den Provinzialsteuerdirektoren mitge-

teilt wurde, schrieb u. a. das Muster der von diesen auszufertigenden Anerkenntnisse vor (Centralbl. S. 219. 221. 229).

Nach diesem Muster ist auch das vorliegende „Anerkenntnis" des Provinzialsteuerdirektors zu Magdeburg vom 5. Dezember 1885 ausgefertigt.

Seinem Inhalte nach aber enthält dieses „Anerkenntnis" eine inländische für den Handelsverkehr bestimmte Schuldverschreibung im Sinne der Ziff. 2a des Tarifes zum Reichsstempelgesetze.

Als Schuldverschreibung stellt sich die Urkunde nach Überschrift und Fassung dar. Sie bezeichnet sich als ein Anerkenntnis über den Geldbetrag der Steuervergütung für die angegebene Quantität des von den genannten Exporteuren ausgeführten Rohzuckers, und sie enthält ferner die Bestimmung über die Art der Berichtigung dieser Steuervergütung. In diesem Urkundeninhalte aber liegt der unzweifelhafte Ausdruck des Verpflichtungswillens, die anerkannte Summe zu zahlen. Diesen Merkmalen einer Schuldverschreibung gegenüber ist es unzutreffend, wenn in dem Berufungsurteile ausgesprochen wird, daß von einer „Schuldübernahme" in der Urkunde nichts enthalten sei. Zwar hat der Exporteur schon vor Feststellung des Betrages der Zuckersteuervergütung, also vor Erteilung des „Anerkenntnisses", einen gesetzlichen Anspruch auf die Gewährung einer Vergütung. Allein die festgestellte Vergütung wird nicht anders geschuldet und ist von dem Schuldner nicht anders zu entrichten, als auf die in dem „Anerkenntnis" verschriebene Weise. Das „Anerkenntnis" enthält somit eine namens des preußischen Staates, dessen Hebestellen zur Zahlung — in Anrechnung („durch Abgabe") auf schuldige Rübenzuckersteuer und beziehungsweise bar — angewiesen sind, ausgestellte Verschreibung, deren Gegenstand die Übernahme der Verpflichtung zur Entrichtung einer in einer Geldsumme bestehenden Schuld ist, mithin eine „inländische Schuldverschreibung".

Diese Schuldverschreibung ist ferner eine „für den Handelsverkehr bestimmte".

Bereits in dem Urteile vom 7. Oktober 1886

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 16 S. 85. 86

hat der IV. Civilsenat in wesentlicher Übereinstimmung mit der Auffassung des III. Strafsenates des Reichsgerichtes

vgl. Urt. vom 22. Januar 1885 in Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 11 S. 429

ausgesprochen, daß maßgebend für die Entscheidung der Frage, ob ein Wertpapier für den Handelsverkehr bestimmt ist, weder die Absicht des Emittenten noch der thatsächliche Erfolg, sondern im wesentlichen die objektive Beschaffenheit (Form und Inhalt) des Papieres sei, vermöge welcher dasselbe nach den maßgebenden Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrslebens geeignet ist, als Objekt des Handels zu dienen, daß hierfür vor allem die leichte Übertragbarkeit und die gesicherte Realisierung des Papieres entscheidend seien, und daß diese Eigenschaft in vollkommenster Weise den Inhaberpapieren zukomme. Das Inhaberpapier trägt eben die Eigenschaft, als Ware zu dienen und also für den Handelsverkehr bestimmt zu sein, schon in sich. Ein solches Inhaberpapier aber ist, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, das vorliegende „Anerkenntnis". Denn danach kann die Summe „von jedem Inhaber dieses Anerkenntnisses" in der angegebenen Weise erhoben werden; es ist mithin Leistung an den Inhaber des Papieres versprochen.

Sonach hat das Berufungsgericht die Anwendbarkeit des Tarifsatzes 4 A[2] des Reichsstempelgesetzes unter Verletzung von Rechtsnormen verneint.[1]

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und in der Sache selbst, da die Besteuerung des Diskontierungsgeschäftes vom 25. Februar 1886 nach dem gedachten Tarifsatze gerechtfertigt ist, auf die Berufung des Beklagten unter Abänderung des landgerichtlichen Urteiles die erhobene Klage abzuweisen." ...

25. Ist die rheinische Urteilshypothek nach §. 23 Nr. 2 der deutschen Konkursordnung anfechtbar?

II. Civilsenat. Urt. v. 29. April 1887 i. S. Konkursmasse B. (Kl.) w. P. & Schw. (Bekl.) Rep. II. 432/86.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Über das Vermögen des B. wurde am 21. August 1885 das Konkursverfahren eröffnet. Vorher hatte die beklagte Firma auf

[1] Übereinstimmend ist erkannt vom III. Civilsenat am 11. Oktober 1887 i. S. Braunschw. Kr. A. (Kl.) w. Zoll- und Steuer-Dir. in Braunschweig (Bekl.). Rep. III. 33/87. D. R.

Grund erwirkter Urteile gegen B. zwei Hypothekeneinschreibungen genommen, nämlich

1. vom 15. Juni 1885 auf Grund des Urteiles des Amtsgerichtes zu Köln vom 3. Juni 1885 für einen Gesamtbetrag von 400 ℳ,

2. vom 16. Juli 1885 auf Grund des Urteiles des Landgerichtes zu Köln vom 6. Juli 1885 für einen Gesamtbetrag von 1300 ℳ.

Kläger hat unter der Behauptung, daß B. sich schon seit Mai und Juni 1885 im Zustande der Zahlungseinstellung befunden habe, dies auch der Beklagten bekannt gewesen sei, gegen die letztere beim Landgerichte zu Kölu auf Grund des §. 23 Nr. 2, event. des §. 23 Nr. 1 K.O. Klage erhoben mit dem Antrage, die vorgedachten Hypothekeneinschreibungen den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären und die Beklagte zu verurteilen, binnen kurzer Frist die Löschung dieser Einschreibungen auf ihre Kosten zu bewirken und zu dem Zwecke authentische Löschungsbewilligung auszustellen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Sie bestritt, daß zur Zeit der Hypothekeneinschreibungen Zahlungseinstellung des B. vorhanden gewesen sei, jedenfalls, daß sie Kenntnis von derselben gehabt habe. Kläger sei in dieser Hinsicht beweispflichtig, da die Anfechtung nur auf Grund des §. 23 Nr. 1 K.O. möglich sei. Die Anwendung der Nr. 2 sei ausgeschlossen, weil im Gebiete des französischen Rechtes gemäß Art. 2123 des Bürgerlichen Gesetzbuches die Urteile dem Gläubiger einen Anspruch auf die Sicherung gewährten, bezw. weil mit dem Urteile selbst die Hypothek verbunden sei.

Das Landgericht hat dem Klagantrage entsprechend erkannt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht §. 23 Nr. 2 für unanwendbar und nur die Nr. 1 das. für anwendbar erklärt und durch bedingtes Endurteil den Teilhabern der beklagten Firma über ihre Kenntnis von der Zahlungseinstellung des B. einen richterlichen Eid aufgegeben. Die Revision wurde für gerechtfertigt erachtet aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter geht von der Annahme aus, daß die beiden Hypothekeneinschreibungen vom 15. Juni und 16. Juli 1885 sowie auch die beiden Urteile vom 3. Juni und 6. Juli 1885, auf Grund deren die Einschreibungen erfolgt sind, nicht als anfechtbare Rechtshandlungen im Sinne des §. 23 Nr. 2 deutsch. K.O. anzusehen seien.

Die Revision rügt, daß in dieser Annahme eine Verletzung der angeführten Gesetzesbestimmung und des §. 28 a. a. O. enthalten sei.

Was zunächst die Einschreibungen der Hypotheken, abgesehen von der Erwirkung der Urteile, betrifft, so führen beide Instanzrichter mit Recht aus, daß nach den Artt. 2117. 2123 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus jedem Urteile von Rechts wegen eine Hypothek entstehe, und daß deshalb auch die Eintragung einer solchen Hypothek an und für sich keine Rechtshandlung darstellen könne, auf welche der Gläubiger keinen Anspruch im Sinne des §. 23 Nr. 2 K.O. habe. Zwar ist nicht außer acht zu lassen, daß im vorliegenden Falle die durch die Urteile erworbene Hypothek, da es sich um die Wirkung derselben anderen Gläubigern gegenüber handelt, ohne die Eintragung selbst gemäß Art. 2134 des Bürgerlichen Gesetzbuches keine Bedeutung für die Beklagte gehabt haben würde und daher die Eintragung gerade diejenige Rechtshandlung war, durch welche die Sicherung für die Gläubigerin erlangt wurde. Allein weil eben vorher das Recht auf diese Eintragung erworben war, so kommt es nicht darauf an, daß durch sie selbst erst die entscheidende Sicherung in Wirksamkeit trat. Das Gesetz will jede Sicherung schützen und als berechtigt anerkennen, auf welche der betreffende Gläubiger vor der kritischen Zeit, sei es durch Vertrag, sei es durch gesetzliche Bestimmung oder Richterspruch, einen Anspruch erlangt hatte. Das wird auch in den Motiven zur Konkursordnung ausdrücklich anerkannt, welche gerade den Fall der Eintragung einer vorher erworbenen Hypothek mit unverkennbarer Beziehung auf das rheinische Recht in diesem Sinne besprechen. Es heißt in denselben:

vgl. Hahn, Materialien Bd. 4 S. 136

„Die Anfechtbarkeit eines durch Urteil oder Zwangsvollstreckung begründeten Hypotheken- oder Pfandrechtes wird sich danach richten, ob das Urteil erst nach Beginn der zehn Tage ergangen war und nicht schon vorher dem Gläubiger ein klagbarer Anspruch auf die Sicherung zustand. Hatte der Gläubiger schon vor Beginn des kritischen Zeitraumes eine richterliche oder eine vertragsmäßige Hypothek gültig erworben oder einen Rechtsspruch auf den Erwerb erlangt, so ist die demnächst erfolgende Eintragung der Hypothek nicht nach der Nr. 2 des §. 23 anfechtbar (wohl aber nach Nr. 1, wenn sie nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgt ist)."

Vgl. Sarwey, Konkursordnung zu §. 23 Note 13b.

Unzutreffend ist in dieser Hinsicht die Hinweisung des Revisionsklägers auf die Entscheidung der Vereinigten Civilsenate des Reichsgerichtes vom 6. Dezember 1883.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 33.

Sie spricht nur aus, daß eine behufs der Zwangsvollstreckung eines rechtskräftigen Urteiles bewirkte Pfändung zu den nach §. 23 Nr. 2 a. a. O. anfechtbaren Rechtshandlungen gehört. Nach den Gründen der Entscheidung ist allerdings jede im Wege der Zwangsvollstreckung erworbene Sicherheit anfechtbar; also würde auch eine im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Hypothek der Anfechtung unterliegen. Auf diesem Wege kann nun allerdings im Rechtsgebiete des preußischen Allgemeinen Landrechtes eine Hypothek erworben werden, indem daselbst nach erfolgter Rechtskraft des Urteiles der Anspruch des Klägers auf dessen Antrag zufolge Requisition des Prozeßrichters im Grundbuche eingetragen werden kann. Aber die rheinische Urteilshypothek steht in keiner Beziehung zur Zwangsvollstreckung; sie entsteht mit dem Urteile selbst ohne Eintragung. Die Eintragung aber kann auf Grund eines jeden Urteiles, auch des nicht rechtskräftigen, erfolgen und ist in diesem Falle nur als eine vorläufige Sicherheitsmaßregel des Gläubigers anzusehen. Die in Rede stehenden beiden Eintragungen sind auch, wie schon aus den oben angegebenen Daten hervorgeht, erfolgt, bevor die Urteile rechtskräftig waren. Auf diese Verschiedenheit des französischen Rechtes von den in den Gebieten des Grundbuches herrschenden Grundsätzen ist bereits in den Gründen der gedachten Entscheidung der Vereinigten Civilsenate hingewiesen worden.

Wenn demnach dem Berufungsrichter darin beigepflichtet werden muß, daß die beiden Hypothekeneinschreibungen an und für sich unanfechtbar sind, so erscheint doch seine fernere Aufstellung, daß auch die Urteile selbst, weil sie im ordnungsmäßigen Verfahren erwirkt worden seien, der Anfechtung, soweit es sich um die Hypothek handelt, nicht unterliegen könnten, als rechtsirrtümlich. In dieser Hinsicht ist die Ansicht des ersten Richters für zutreffend zu erachten.

Das Gesetz will mit der Nr. 2 unter den angegebenen Voraussetzungen jede Rechtshandlung treffen, welche die fragliche Sicherung gewährt, mag dieselbe durch bloße Vereinbarung der Parteien oder durch die im geordneten Wege in Anspruch genommene Mitwirkung der Gerichte zustande gekommen sein. Das ergiebt sich schon aus der

Entstehungsgeschichte der fraglichen Bestimmung. Der Gesetzgeber hat abweichend von früheren Gesetzen, welche, wie die preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1885 und die rheinpreußische Novelle vom 9. Mai 1859, bestimmte einzelne Rechtshandlungen für anfechtbar oder absolut nichtig erklärten, im §. 23 bezüglich der Anfechtbarkeit beim Vorhandensein einer sogenannten objektiven Begünstigung nur allgemeine Grundsätze aufstellen wollen. Dabei war es unvermeidlich, auch solche Fälle unter die Nr. 2 zu subsumieren, in welchen die im allgemeinen allerdings bei der Anfechtung vorauszusetzende Arglist des betreffenden Gläubigers und des Gemeinschuldners nicht vorhanden sein mochte. Die Bedenken, welche gegen eine so weitgreifende Bestimmung erhoben werden könnten, sollen nach den Motiven durch die Schlußbestimmung der Nr. 2 beseitigt werden, durch welche dem Anfechtungsbeklagten der Beweis seines guten Glaubens nachgelassen wird.

Vgl. Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner 2. Aufl. S. 125 flg.; Sarwey zu §. 23 Note 13.

Daß aber gerade auch Urteile, soweit eine dadurch erlangte Sicherung in Frage kommt, der Anfechtung unterliegen, ergiebt sich zweifellos aus dem §. 28 K.O., nach welchem durch die Erlangung eines vollstreckbaren Titels für die anzufechtende Rechtshandlung die Anfechtung nicht ausgeschlossen wird. Diese ganz allgemein lautende Bestimmung hat vorzugsweise richterliche Urteile im Auge, weil durch sie der Regel nach vollstreckbare Titel erlangt werden. Im vorliegenden Falle sind es eben Urteile, durch welche die anzufechtende Rechtshandlung, nämlich die Konstituierung der Hypothek, zustande gekommen ist. Dem §. 28 a. a. O. liegt der Gedanke zu Grunde, daß durch ein solches Urteil nur unter den streitenden Parteien über das Rechtsverhältnis, welches Gegenstand des Rechtsstreites geworden, Recht gesprochen werde, daß aber der im Interesse der sämtlichen Konkursgläubiger geltend zu machende Anfechtungsanspruch gar nicht Gegenstand des Rechtsstreites gewesen, daher über ihn auch keine Entscheidung getroffen sei.

Vgl. Wilmowski, Konkursordnung zu §. 28 Nr. 1.

Bei dieser Auffassung kann einem über die anzufechtende Rechtshandlung ergangenen Urteile bezüglich des Anfechtungsanspruches keine größere Bedeutung beigemessen werden als einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrage. Im übrigen bleibt auch ein solches Urteil zu Recht bestehen; es wird nur die durch dasselbe oder infolge desselben erlangte Sicherung

gemäß §. 22 a. a. O. den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam erklärt. Die Motive lassen denn auch keinen Zweifel darüber, daß das Gesetz den vorstehend bezeichneten Standpunkt einnehmen wollte, wie schon aus dem oben citierten Passus derselben und dessen Fortsetzung hervorgeht. Sie stellen hier unter Besprechung der in diese Materie einschlagenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (Art. 2146) und des rheinpreußischen Gesetzes vom 9. Mai 1859 die rheinische Urteilshypothek durchweg auf gleiche Linie mit der Vertragshypothek.

Demnach hat der Berufungsrichter mit Unrecht die Anwendbarkeit des §. 23 Nr. 2 a. a. O. aus dem Grunde verneint, weil die Urteile vom 3. Juni und 6. Juli 1885 in Ansehung der durch sie erworbenen Hypothek nicht anfechtbar seien. Es war vielmehr festzustellen, ob dieselben nach der Zahlungseinstellung des B. oder innerhalb der letzten zehn Tage vor der Zahlungseinstellung erlassen worden sind, und von dieser Feststellung war die Anwendung der Nr. 2 abhängig zu machen.

Das Urteil unterliegt daher wegen unrichtiger Anwendung der §§. 23 Nr. 2 und 28 K.O. der Aufhebung, und da es an der vorerwähnten Feststellung fehlt, war die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

---

26. 1. Kann von den Teilhabern einer Handelsgesellschaft unter der Firma derselben gegen einen Dritten, welcher unbefugt ihren Familiennamen als Firma führt, aus Art. 27 H.G.B. Klage erhoben werden?

2. Findet die Vorschrift des §. 68 Abs. 2 C.P.O. auch dann Anwendung, wenn die Zulässigkeit der Nebenintervention nicht in einem besonderen Zwischenurteile ausgesprochen, die Entscheidung vielmehr mit dem Endurteile in der Hauptsache verbunden ist?

II. Civilsenat. Urt. v. 3. Mai 1887 i. S. der Firma Charlier & Scheibler (Kl.) w. den Kaufmann Froitzheim, handelnd unter der Firma Charlier & Co. (Bekl.) und den Rechtsanwalt Tr. (Nebenintervenienten). Rep. II. 436/86.

I. Landgericht Köln, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Beide Fragen sind vom Reichsgerichte bejaht worden aus folgenden

Gründen:

„1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, daß die erhobene Klage, ohne daß es auf eine Prüfung der Berechtigung des Beklagten zur Führung seiner Firma ankomme, um deswillen als unbegründet abzuweisen sei, weil durch den Umstand, daß der Beklagte in letzterer den Namen Charlier führe, die klägerische Firma in ihren Rechten nicht verletzt werde (Art. 27 H.G.B.), dieser Umstand vielmehr nur etwa den Inhabern derselben, welche unbestritten den Familiennamen Charlier tragen, ein Klagerecht wegen unbefugter Führung dieses Namens geben könne. Der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichtes kann aber nicht beigepflichtet werden.

Nach Art. 15 a. a. O. ist die Firma der Handelsname des Inhabers derselben, die Bezeichnung seiner kaufmännischen Persönlichkeit. Da nun die offene Handelsgesellschaft (Art. 85 a. a. O.) nach der herrschenden Anschauung nicht ein von der Person der Gesellschafter verschiedenes Rechtssubjekt bildet, als Träger derselben vielmehr die Gesellschafter in ihrer Vereinigung anzusehen sind, so muß auch die Firma der Gesellschaft die Gesellschafter in ihrer angegebenen Eigenschaft bezeichnen. Ist das aber der Fall, und kann die Gesellschaft (Art. 111 a. a. O.) unter ihrer Firma vor Gericht stehen, so erscheint nicht ausgeschlossen, daß eine Klage der vorliegenden Art, welche speziell das vermögensrechtliche Interesse der Gesellschaft betrifft, von den Gesellschaftern unter der gemeinsamen Firma verfolgt werden kann.

2. Was die Nebenintervention betrifft, so hat der erste Richter die Zulässigkeit derselben, welche bestritten war, nicht in einem besonderen Zwischenurteile ausgesprochen, die Entscheidung vielmehr mit dem Endurteile in der Hauptsache verbunden. Diese lediglich äußere Verbindung ändert aber an dem Charakter der Entscheidung nichts, dieselbe bleibt ein Zwischenurteil und immerhin ist die sofortige Beschwerde das allein zulässige Rechtsmittel (§. 68 C.P.O.). Mit Recht hat daher das Oberlandesgericht die eingelegte Berufung dem Nebenintervenienten gegenüber als unzulässig verworfen.

Vgl. Struckmann und Koch, 5. Ausg. S. 73; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 339."

27. Kann dem Einwande des Versicherers, der Versicherte habe durch ausschweifenden Lebenswandel (Trunksucht) seinen Tod beschleunigt und dadurch die Ansprüche aus der Lebensversicherung verwirkt, die Replik entgegen gesetzt werden, der Versicherer habe bei genügender Aufmerksamkeit den Lebenswandel des Versicherten kennen müssen?

I. Civilsenat. Urt. v. 3. November 1886 i. S. Sch. (Kl.) w. Janus (Bekl.). Rep. I. 290/86.

I. Landgericht Lyck.
II. Oberlandesgericht Königsberg.

Aus den Gründen:

„Die Revision konnte nicht für begründet erachtet werden. Hat, wie das Berufungsgericht annimmt, F. sich einem ausschweifenden Lebenswandel hingegeben, so hat er die ihm durch den Versicherungsvertrag auferlegten Pflichten verletzt. Der Versicherer wird freilich diese Pflichtverletzung als Grund, sich vom Vertrage loszusagen, nicht mehr geltend machen können, wenn er in Kenntnis jenes Lebenswandels fortgesetzt die Jahresprämie angenommen hat. Ein solches Verhalten ist von Treue und Glauben aus als Bethätigung des Willens, aus diesem Lebenswandel zunächst keinen Grund zur Auflösung des Vertrages zu entnehmen, aufzufassen, und dies muß der Versicherer auch für den Fall gelten lassen, daß der Versicherte bei Fortsetzung des Lebenswandels in den bisherigen Grenzen stirbt, bevor er — der Versicherer — etwa wegen Fortsetzung des Lebenswandels einen geänderten Entschluß bethätigt hat. Dagegen läßt sich nicht begründen, daß der wirklichen Kenntnis der zum Rücktritte berechtigenden Thatsache ein verschuldetes, weil auf nicht genügender Aufmerksamkeit beruhendes Nichtkennen des Versicherers gleich zu erachten wäre. Der Versicherer ist dem Versicherten gegenüber nicht zur Anwendung einer Aufmerksamkeit, um dessen Verletzungen des Vertrages erfahren zu können, verpflichtet. Der Versicherer darf, wie jeder Kontrahent, davon ausgehen, daß sein Gegenkontrahent die Pflichten, die er durch den Vertrag auf sich genommen hat, auch erfüllt. Freilich hat der Versicherer ein Interesse daran, zu erfahren, ob die Versicherten in betreff des Lebenswandels ihren Verpflichtungen nachkommen und nicht das Risiko, das der Versicherer übernommen, vertragswidrig vergrößern.

Aber dies Interesse macht die Maßregeln, welche zur Wahrung desselben seitens des Versicherers, wie die instruktionsgemäße Beobachtung des Lebens der Versicherten durch die Agenten, geschehen, nicht zu Maßregeln, zu denen der Versicherer gegen den Versicherten verpflichtet wäre. Dem Berufungsgerichte ist daher, auch wenn man die Wissenschaft des Agenten und sein Wissenkönnen als Wissenschaft und Wissenkönnen der beklagten Gesellschaft auffassen will, was hier dahingestellt bleiben kann, kein Vorwurf daraus zu machen, daß es die Prüfung unterlassen hat, ob der Agent Sch. oder sein Vorgänger in der Agentur in Marggrabowa bei Anwendung gehöriger Sorgfalt den Lebenswandel des F. erfahren haben würde, sich vielmehr es an der Feststellung hat genügen lassen, daß derselbe diesen Lebenswandel nicht erfahren hat.

Die Feststellung aber, daß F. einen sein Leben verkürzenden Lebenswandel vermöge übermäßigen Alkoholgenusses geführt hat, ist vom Berufungsgerichte ohne Gesetzesverletzung getroffen worden. Der Vermerk in dem Protokolle über die mündliche Verhandlung vom 25. Mai 1886: „Die Anwälte verlasen die Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen", ist bei Vergleichung mit dem Thatbestande des Berufungsurteiles nur dahin zu verstehen, daß die in der Berufungsschrift und der Berufungsbeantwortung gestellten Anträge in bezug auf die Sachentscheidung zur Verlesung gebracht worden sind, nicht aber ist er auf den vorbereitenden Schriftsatz vom 17. Mai 1885 zu beziehen, in welchem der Feststellung jenes Lebenswandels mit der Benennung neuer Zeugen und Sachverständiger begegnet wird. Da aber nach dem Thatbestande diese Beweisantretungen nicht wiederholt worden sind, war auch für ihre Würdigung kein Anlaß gegeben."

---

28. Welche Bedeutung ist der (zur Aufnahme in die Versicherungspolicen, als allgemeine Versicherungsbedingung, formulierten) Bestimmung des Statutes einer Lebensversicherungsgesellschaft beizumessen, welche lautet:

Jeder von der Gesellschaft abgeschlossene Versicherungsvertrag ist ungültig, wenn das Leben des Versicherten geendet oder verkürzt wird durch eine ausschweifende Lebensweise, z. B. Trunksucht, oder

durch eine Handlung, welche sein Leben mutwilliger- oder unnötigerweise gefährdet, oder durch deren Folgen?

I. Civilsenat. Urt. v. 4. Mai 1887 i. S. Deutsche Lebensversicherungsbank zu L. (Bekl.) w. M. R. (Kl.) Rep. I. 87/87.

I. Landgericht Lübeck.
II. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg.

R., welcher sein Leben bei der Deutschen Lebensversicherungsbank zu L. auf Grund einer Police versichert hatte, in deren allgemeine Bedingungen die in der Überschrift angeführte Bestimmung aus dem Bankstatute aufgenommen war, trank (infolge einer Wette) in kurzer Zeit eine Flasche schwedischen Punsches unter Umständen aus, welche den Schluß rechtfertigten, er habe es als möglich voraussetzen müssen, daß er durch diese Handlung berauscht werden würde, welche aber die Annahme ausschlossen, daß er an eine Lebensgefährlichkeit seiner Handlung habe denken können. R. ist infolge jener Handlung an einem Schlagflusse gestorben, und es ist durch ärztliches Gutachten festgestellt, daß der Genuß einer Flasche schwedischen Punsches der Art, wie der von R. getrunkene, wenn die $^3/_4$ Liter enthaltende Flasche, wie geschehen, in kurzer Zeit geleert werde, das Leben jedes nicht gewohnheitsmäßigen Trinkers zu gefährden geeignet sei. Die Lebensversicherungsbank verweigerte die Zahlung der Lebensversicherungssumme, indem sie jener Bestimmung ihres Statutes die Bedeutung beimaß, daß die Versicherung ungültig werde, sobald die betreffende, mutwillig oder unnötigerweise begangene Handlung objektiv geeignet gewesen sei, das Leben des Versicherten zu gefährden ohne Rücksicht auf eine sonstige culpa des Versicherten. Die Lebensversicherungsbank ist in erster Instanz zur Zahlung der Lebensversicherungssumme verurteilt, ihre Berufung und demnächst ihre Revision sind zurückgewiesen.

In dem Revisionsurteile heißt es:

„Aus dem Zwecke der Lebensversicherungsnehmer (welcher nicht dahin geht, das Recht auf die Versicherungssumme außer der dafür gegebenen Geldleistung durch ängstliche Verkümmerung jeder Freiheit des Verhaltens im Leben zu erkaufen), aus dem Geschäftszwecke der

Lebensversicherungsgesellschaften (welchem es widerspricht, Versicherungslustige durch harte Versicherungsbedingungen fernzuhalten), aus dem (in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung stets zur Geltung gebrachten) Grundsatze, daß allgemeine (von Versicherungsgesellschaften in ihren Statuten vorgeschriebene oder in ihre Formulare zu Versicherungsverträgen aufgenommene) Versicherungsbedingungen nicht streng nach der Wortfassung, sondern stets unter Voraussetzung eines den Worten einwohnenden, den Gesichtspunkten der Äquität entsprechenden Willens, und (im Falle eines etwa möglichen Zweifels) in dem für die Versicherungsnehmer günstigeren Sinne auszulegen seien, weil es Sache der Versicherungsgesellschaften sei, die Bedingungen deutlich zu fassen, schließlich aus der (in dem betreffenden Paragraphen des Statutes der beklagten Versicherungsgesellschaft ausgesprochenen) Gleichstellung der dort gekennzeichneten Gattung einzelner Handlungen mit einer ausschweifenden Lebensweise, z. B. Trunksucht, und der Paralleliſierung dieſer Todesursachen mit den in anderen Absätzen jenes Paragraphen genannten, nämlich mit dem Selbstmorde, dem Duelle und der Hand der Gerechtigkeit, folgt, daß Bestimmungen in Lebensversicherungsgesellschaftsstatuten und Lebensversicherungspolicen, welche so lauten, wie die Bestimmung in dem betreffenden Paragraphen des Statutes der beklagten Lebensversicherungsgesellschaft, den Sinn besitzen, daß die abgeschlossene Lebensversicherung keineswegs durch jede mutwillige oder unnötige, objektiv für den Tod des Versicherten ursachliche Handlung des letzteren, sondern nur durch eine solche mutwillige oder unnötige, für dessen Tod ursachliche Handlung des Versicherten ungültig werden solle, bei deren Verwirklichung sich der Versicherte, entweder der Lebensgefährlichkeit der Handlung wirklich bewußt sei, oder doch bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit (nach dem Maßstabe, sei es der durchschnittlichen Bildung und Erfahrung der in solchen Lebensverhältnissen, wie der Versicherte, stehender Personen, sei es der nachweisbar höherstehenden individuellen Bildung und Erfahrung des Versicherten) hätte bewußt werden müssen."

29. Muß der vollstreckbare Schuldtitel, welcher nach §. 2 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 zu den Voraussetzungen der Anfechtungsklage gehört, auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sein, oder kann derselbe auch die Herausgabe individueller Sachen betreffen?

VI. Civilsenat. Urt. v. 12. Mai 1887 i. S. W. (Kl.) w. P. (Bekl.) Rep. VI. 58/87.

I. Landgericht Halle a./S.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Aus den Gründen:

„Der Kläger hat im November 1885 der Zuckerfabrik Tr., früher R. & Co., jetzt R. E., zwei Cornwall- oder Gallwaykessel nebst Armaturen geliefert, welche auf dem Fabrikgrundstücke eingemauert wurden. Die Zuckerfabrik erfüllte ihre Verpflichtungen bezüglich der Zahlung des Kaufpreises nicht. Deshalb trat der Kläger am 9. Januar 1886 von dem Vertrage zurück und verlangte die Zurückgabe der Kessel. Als diese verweigert wurde, erhob er Klage gegen die offene Handelsgesellschaft unter der Firma Zuckerfabrik Tr., R. & Co. zu Tr. und den Fabrikdirektor R. E. ebenda. Durch rechtskräftig gewordenes Versäumnisurteil vom 27. Mai 1886 wurde der über die Lieferung der Kessel abgeschlossene Vertrag für aufgehoben erklärt, und die damaligen Beklagten wurden solidarisch verurteilt, die Kessel aus der Zuckerfabrik auszubrechen und dem Kläger zurückzugeben.

Inzwischen hatte der damalige Inhaber oder Vertreter der Zuckerfabrik Tr., E., am 20. Februar 1886 dem gegenwärtigen Beklagten eine vollstreckbare Schuldverschreibung über 4500 ℳ ausgestellt, und auf Grund dieser Urkunde ließ der Beklagte noch an demselben Tage die beiden vom Kläger gelieferten Kessel nebst Armaturen pfänden. Der Kläger hatte bereits unterm 23. Dezember 1885 einen Beschluß des Amtsgerichtes erwirkt, wodurch zu seinen Gunsten der dingliche Arrest in die erwähnten Kessel angeordnet wurde. Infolge von Bedenken, welche der Gerichtsvollzieher gegen die Vollstreckung dieses Arrestes hatte, verzögerte sich die Pfändung der Kessel auf Grund des Arrestbeschlusses bis zum 22. Februar 1886. An diesem Tage erfolgte, nachdem, wie erwähnt, inzwischen die Kessel für den Beklagten gepfändet waren, die Nachpfändung derselben für den Kläger.

Der Kläger hat nun in dem gegenwärtigen Rechtsstreite beantragt, daß die auf Antrag des Beklagten gegen die Zuckerfabrik Tr. R. E. in Tr. und den Fabrikdirektor R. E. daselbst am 20. Februar 1886 vorgenommene Zwangsvollstreckung in die beiden Kessel nebst Armaturen für unzulässig, eventuell dem Kläger gegenüber für unwirksam erklärt werde.

Das Berufungsgericht hat diesen Antrag zurückgewiesen. Die Revision rügt, daß dasselbe den §. 2 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 unrichtig aufgefaßt habe.

Wie bemerkt, hatte der Kläger ein rechtskräftiges Erkenntnis erwirkt, welches die Zuckerfabrik Tr., R. & Co. zu Tr. und den Fabrikdirektor E. verurteilte, ihm die streitigen Kessel nebst Armaturen auszuliefern. Kläger hat nun angeführt, er habe in dem Arrestbefehle vom 23. Dezember 1885 und dem Urteile vom 27. Mai 1886 einen vollstreckbaren Schuldtitel über fällige Ansprüche gegen die Zuckerfabrik Tr. erlangt; es sei anzunehmen, daß die Zwangsvollstreckung aus demselben zu seiner vollständigen Befriedigung nicht führen werde, da der Gesellschafter R. ausgewandert, der Gesellschafter E. aber vermögenslos sei; E. habe die vollstreckbare Urkunde vom 20. Februar 1886 ausgestellt und dadurch die für den Beklagten geschehene Pfändung ermöglicht in der Absicht, seine Gläubiger, insbesondere den Kläger, zu benachteiligen; diese Absicht sei auch dem Beklagten bekannt gewesen.

Das Berufungsgericht hält diese Klagebegründung für nicht zutreffend, indem es der Ansicht ist, daß der vollstreckbare Schuldtitel, welcher nach dem §. 2 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 zu den Voraussetzungen der Anfechtungsklage gehört, in einer Geldforderung bestehen müsse; während dem Kläger zur Zeit nur ein Anspruch auf Herausgabe bestimmter Gegenstände gegen die Zuckerfabrik Tr. und deren Inhaber zustehe.

Diese Ansicht wird von der Revision bekämpft, indem sie auszuführen sucht, daß auch der vollstreckbare Anspruch auf Herausgabe einzelner Sachen als ein vollstreckbarer Schuldtitel im Sinne des §. 2 a. a. O. anzusehen sei. Es muß indessen der Ansicht des Berufungsgerichtes beigetreten werden.

Die Frage, ob auf einen auf die Herausgabe einzelner bestimmter Sachen gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel dann eine Anfechtungsklage gestützt werden könne, wenn der Schuldner die betreffenden Sachen in

der dem Erwerber bekannten Absicht veräußert hat, um die Wegnahme der Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung zu vereiteln, ist für den Fall, daß der Schuldner zahlungsfähig ist, nach dem Inhalte des §. 2 a. a. O. zu verneinen. Danach ist nämlich ein Gläubiger zur Anfechtung nur befugt, sofern die Zwangsvollstreckung des Schuldners zu seiner vollständigen Befriedigung nicht geführt hat oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen wird. Veräußert nun der Schuldner Gegenstände, auf deren Auslieferung ein Anderer einen vollstreckbaren Titel erworben hat, in der Absicht, die Sachen der Zwangsvollstreckung zu entziehen, so verwandelt sich der Anspruch des Gläubigers in einen Anspruch auf das Interesse. Wird dieser Anspruch erfüllt, so ist der Gläubiger im rechtlichen Sinne vollständig befriedigt, wenn er gleich die Sachen, auf welche zunächst sein Recht ging, nicht bekommen hat. Man kann daher, wenn der Gläubiger imstande ist, seinen Interessenanspruch vollständig zu realisieren, nicht sagen, daß trotzdem die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu seiner vollständigen Befriedigung nicht geführt habe und voraussichtlich nicht führen werde, da er die speziellen Sachen, welche er zunächst zu fordern hat, nicht erlangen könne. Allerdings verlangt der §. 2 a. a. O. dem strengen Wortlaute nach nur alternativ, daß die Zwangsvollstreckung zu einer vollständigen Befriedigung der Gläubiger nicht geführt habe oder anzunehmen sei, daß sie zu einer solchen nicht führen werde. Allein es liegt diesen Bestimmungen der Gedanke zu Grunde, daß der Gläubiger zunächst sich an den Schuldner selbst zu halten hat, und daß er erst dann, wenn und soweit er hierdurch nicht zu seiner vollständigen Befriedigung gelangen kann, den dritten fraudulosen Erwerber in Anspruch zu nehmen berechtigt ist. Die Fassung des §. 2 a. a. O. in dem fraglichen Punkte erklärt sich anscheinend daraus, daß man dabei nur an den Fall der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung gedacht hat.

Der Kläger hat aber weiter behauptet, daß auch dann, wenn er später seinen Interesseanspruch geltend mache, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners erfolglos bleiben würde. Es fragt sich also, ob unter dieser Voraussetzung der Schuldtitel des Klägers zur Anfechtung berechtigt.

Es ist zuzugeben, daß die Fassung des Gesetzes diese Frage zweifelhaft erscheinen läßt. Dem Kläger steht ein vollstreckbarer Schuldtitel zur Seite. Es handelt sich auch um eine Zwangsvollstreckung in

Vermögensgegenstände, und läßt sich aus dem Ausdrucke: „sofern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ꝛc" an und für sich nicht entnehmen, daß der Gläubiger zu einer Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen, nicht bloß in einzelne Sachen berechtigt sein müsse, wenn er die Anfechtungsklage erheben will. Der Ausdruck „Zwangsvollstreckung in das Vermögen" wird in den Reichsjustizgesetzen als ein technischer nicht gebraucht. In dem §. 207 K.O. ist von einer „Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen" die Rede und hier ist darunter jedenfalls auch der Fall begriffen, wenn ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande der Konkurs eröffnet ist, einzelne Sachen im Inlande hat, zu deren Herausgabe er verurteilt worden ist, und es sich um die Wegnahme dieser Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung handelt.

Indessen führt die geschichtliche Entwickelung des Anfechtungsrechtes dahin, die von dem Berufungsgerichte angenommene Ansicht als richtig erscheinen zu lassen. Das Gesetz vom 21. Juli 1879 hat das preußische Gesetz vom 9. Mai 1855 zur Grundlage. Insbesondere bezüglich der gegenwärtigen Frage ist in den Motiven zu dem Entwurfe des Reichsanfechtungsgesetzes bemerkt: „Auf seiten des Gläubigers will der Entwurf nach dem Vorgange des preußischen Gesetzes vom 9. Mai 1855 die Anfechtung davon abhängig machen, daß er für seine Forderung einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt habe."

Für das preußische Recht war aber durch das Erkenntnis des Obertribunales vom 10. Februar 1876

vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 77 S. 197

ausgesprochen, „daß nicht jeder, sondern nur ein in Gelde bestehender Anspruch, bei welchem eine Befriedigung des Gläubigers aus dem Anfechtungsobjekte im Wege der Exekution durch Zahlung möglich und ausführbar ist, zur Anfechtungsklage qualifiziert". Damals war der Anfechtungsanspruch auf eine Verurteilung des Schuldners zur Rechnungslegung gestützt; in der Motivierung des Erkenntnisses des Obertribunales ist aber auch der gegenwärtig vorliegende Fall erörtert. Es heißt nämlich darin: „Auch ein persönlicher Anspruch zur Sache, also auf Leistung einer individuell bestimmten Sache, oder ein Anspruch auf ein objektives Handeln oder Unterlassen kann nicht der faktische Grund für die Anfechtungsklage sein, weil dieser Anspruch gerichtet ist auf die Gewährung eines bestimmten Objektes als Gegenstand

des klägerischen Rechtes selbst, nicht zu dem Zwecke, um sich aus dem Objekte wegen eines gesonderten Anspruches im Wege der Exekution, also durch Zahlung zu befriedigen. Dieser Zweck ist nur möglich und realisierbar bei einer dem Geldwerte nach fixierten Forderung." Es läßt sich nicht bezweifeln, daß wenn bei Erlassung des Reichsanfechtungsgesetzes die gesetzgebenden Faktoren die Absicht gehabt hätten, von dieser im preußischen Rechte zur Geltung gebrachten Auffassung abzuweichen, solches deutlich zum Ausdrucke gekommen wäre. Das ist aber nicht geschehen, vielmehr hat man nach den Verhandlungen bei dem Ausdrucke „vollstreckbarer Schuldtitel" im §. 2 des Gesetzes anscheinend nur an Geldforderungen gedacht. In dieser Beziehung ist bereits oben auf einen Punkt aufmerksam gemacht; es mag ferner noch auf folgende Bemerkung in den Motiven zu dem §. 2 a. a. O. hingewiesen werden: „Erst die Vollstreckbarkeit gewährt dem Gläubiger die rechtliche Möglichkeit ohne den Willen des Schuldners einzelne Vermögensstücke desselben nach seiner Auswahl zu verwenden." Man muß daher annehmen, daß die Reichsgesetzgebung es in der fraglichen Beziehung bei der preußischen Gesetzgebung, sowie diese von dem höchsten preußischen Gerichtshofe ausgelegt war, hat belassen wollen. Übrigens geht auch die gemeinrechtliche actio Pauliana in dem in Rede stehenden Punkte nicht weiter. Es läßt sich hiergegen auch nicht etwa einwenden, daß ein solches Resultat große praktische Bedenken hervorrufe. Es handelt sich nicht darum, ob einem Gläubiger, welcher einen Anspruch auf Herausgabe einer bestimmten Sache hat, überhaupt ein Anfechtungsrecht im Falle einer fraudulosen Veräußerung der Sache zustehe, sondern darum, ob er dieses Anfechtungsrecht bereits geltend machen könne, wenn er einen vollstreckbaren Schuldtitel auf Auslieferung der streitigen Sache erlangt hat, oder ob er zuvor seinen Entschädigungsanspruch in Geld feststellen und auf die Zahlung der Geldsumme einen vollstreckbaren Titel erwirken müsse. Ob es zweckmäßig ist, das Anfechtungsrecht in der einen oder anderen Weise zu ordnen, über diese Frage können die Meinungen verschieden sein. Für die von dem preußischen Obertribunale zur Geltung gebrachte Ansicht läßt sich insbesondere anführen, daß dabei das Interesse des Anfechtungsbeklagten in höherem Maße gewahrt werde, indem derselbe wenn die Anfechtungsklage einen auf Geld gerichteten Schuldtitel zur Voraussetzung habe, aus der Klage selbst bestimmt ersehe, inwieweit das Rechtsgeschäft angefochten werde (§. 7 des

Gesetzes vom 21. Juli 1879). Jedenfalls läßt sich diese Ansicht nicht als durchaus irrationell und als unvereinbar mit dem Geiste des Anfechtungsgesetzes bezeichnen."

---

30. Zur Auslegung des §. 6 Nr. 2. 4 des Reichsgesetzes vom 9. Januar 1876, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste.

I. Civilsenat. Urt. v. 23. Mai 1887 i. S. H. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 112/87.

I. Landgericht I München.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Im Verlage des Beklagten erschien eine Druckschrift unter dem Titel: „Die Kreuzfahrt des Lebens. 15 Kanzelvorträge gehalten von Max Steinberger, Domprediger in Augsburg. Augsburg 1886" in einer Ausgabe mit Bildern zum Preise von 2 ℳ und in einer Ausgabe ohne Bilder zum Preise von 1 ℳ. Die Bilder stellen die von dem Kläger in Bildhauerarbeit gefertigten, im Dome zu Augsburg aufgestellten vierzehn Stationsbilder dar und wurden nach Photographieen, welche der Kläger hatte anfertigen lassen und welche sich im Besitze des Domprobstes v. Dreer befunden hatten, ohne Erlaubnis des Klägers durch Autotypie hergestellt. Kläger erhob deshalb Entschädigungsklage auf Grund des Reichsgesetzes vom 9. Januar 1876. Beklagter berief sich auf §. 6 Nr. 2. 4 dieses Gesetzes. Die Klage wurde in erster Instanz abgewiesen, weil Nr. 4 des §. 6 Anwendung finde. Dagegen wurde in zweiter Instanz der Klaganspruch dem Grunde nach für begründet erklärt. Die hiergegen eingelegte Revision wurde zurückgewiesen.

Gründe:

„Nach §. 5 des Reichsgesetzes, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, vom 9. Januar 1876 ist jede Nachbildung eines solchen Werkes, welche in der Absicht, dieselbe zu verbreiten, ohne Genehmigung des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers hergestellt wird, verboten, auch wenn die Nachbildung nicht unmittelbar

nach dem Originalwerke, sondern mittelbar nach einer Nachbildung desselben geschaffen ist. Nach §. 16 dieses Gesetzes in Verbindung mit §. 18 des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, ist derjenige, welcher eine solche Nachbildung in der Absicht, dieselbe zu verbreiten, vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit veranstaltet, den Urheber oder dessen Rechtsnachfolger zu entschädigen verpflichtet.

Daß der Beklagte die in Rede stehenden Abbildungen ohne Erlaubnis des Klägers und in der Absicht, sie zu verbreiten, durch ein als Autotypie bezeichnetes mechanisches Verfahren nach Photographieen der darin dargestellten Bildhauerwerke hergestellt und in eine Ausgabe der im Thatbestande bezeichneten Druckschrift aufgenommen hat, ist unbestritten und vom Berufungsgerichte festgestellt. Der von dem Kläger erhobene Anspruch auf Schadensersatz ist daher, abgesehen von dessen Höhe, begründet, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, welche nach §. 6 des Reichsgesetzes vom 9. Januar 1876 die Annahme einer verbotenen Nachbildung ausschließen.

Beklagter findet einen solchen Umstand zunächst unter Berufung auf §. 6 Nr. 2 a. a. O. darin, daß nach Werken der plastischen Kunst Flächenbilder hergestellt seien. Aber §. 6 Nr. 2 gestattet nur „die Nachbildung eines Werkes der zeichnenden oder malenden Kunst durch die plastische Kunst oder umgekehrt". Hierdurch ist die künstlerische, nicht aber die mechanische Nachbildung eines plastischen Werkes durch ein Flächenbild freigegeben. Gerade um dies auszudrücken, wurden bei Beratung des Gesetzes die früher vorgeschlagenen Worte „in plastischer Form oder umgekehrt" durch die Worte „durch die plastische Kunst oder umgekehrt" ersetzt. Mit Recht haben daher die Gerichte der Vorinstanzen die Berufung des Beklagten auf §. 6 Nr. 2 als unbegründet zurückgewiesen.

Zweifelhafter erscheint es, ob die Berufung des Beklagten auf §. 6 Nr. 4 a. a. O. als begründet anzusehen ist. Es ist jedoch in dieser Hinsicht nicht der Ansicht des Gerichtes erster Instanz, welches Nr. 4 für anwendbar erachtet, sondern der Ansicht des Berufungsgerichtes, welches die Berufung auf Nr. 4 verwirft, beizutreten.

Nach §. 6 Nr. 4 a. a. O. ist als verbotene Nachbildung nicht anzusehen „die Aufnahme von Nachbildungen einzelner Werke der bildenden Künste in ein Schriftwerk, vorausgesetzt, daß das letztere als die

Hauptsache erscheint und die Abbildungen nur zur Erläuterung des Textes dienen". Das Berufungsgericht erachtet diese dem §. 44 des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 entsprechende Bestimmung schon deshalb für unanwendbar, weil Beklagter nicht Nachbildungen einzelner Werke, sondern eines ganzen Cyklus in das Schriftwerk aufgenommen habe. Die Richtigkeit dieses Grundes kann in Zweifel gezogen werden, nicht so sehr aus dem von dem Revisionskläger geltend gemachten Gesichtspunkte, daß verschiedene Kanzelvorträge im Drucke veröffentlicht und den einzelnen Kanzelvorträgen je einzelne Abbildungen beigegeben seien, als vielmehr um deswillen, weil die 14 Stationsbilder wegen ihres Zusammenhanges untereinander ein aus mehreren Teilen bestehendes Ganze darstellen und deshalb die Aufnahme von Nachbildungen derselben als Aufnahme eines einzelnen Werkes anzusehen sei. Es bedarf jedoch keiner Entscheidung dieser Frage, weil dem Berufungsgerichte darin beizustimmen ist, daß auch hiervon abgesehen die Voraussetzungen des §. 6 Nr. 4 a. a. O. nicht vorhanden sind.

Das Berufungsgericht führt aus, daß, wenn man auch annehmen wollte, daß das Schriftwerk als die Hauptsache erscheine, doch das weitere Erfordernis des §. 6 Nr. 4 fehle, daß die Abbildungen nur zur Erläuterung des Textes dienen, indem dieselben dem Schriftwerke als Ausschmückung einverleibt seien. Revisionskläger greift diese Annahme als rechtsirrtümlich an, weil in der Bestimmung der Nr. 4 nur das Erfordernis aufgestellt sei, daß das Schriftwerk als die Hauptsache erscheine, während die weiteren Worte „und die Abbildungen nur zur Erläuterung des Textes dienen" kein selbständiges zweites Erfordernis, sondern lediglich eine nähere Bestimmung des Erfordernisses, daß das Schriftwerk als die Hauptsache erscheine, enthalten. Dieser Auslegung widerstreitet schon der Wortlaut der Nr. 4, indem in zwei durch „und" verbundenen Sätzen zwei Erfordernisse nebeneinander aufgestellt sind. Sie widerstreitet aber auch der gesetzgeberischen Absicht, welche der Bestimmung des §. 6 unter Nr. 4 a. a. O. zum Grunde liegt. Der dem Urheber eines Werkes der bildenden Kunst gewährte Schutz gegen unbefugte Nachbildung desselben soll nicht so weit gehen, daß die Benutzung des Werkes zu litterarischen Zwecken der Erlaubnis des Künstlers bedürfte. Eine soweit gehende Ausdehnung des Schutzes würde, wie schon die Begründung des Börsenvereinsentwurfes vom Juli 1857 S. 125 bemerkt, sowohl der Wissenschaft wie der

Kunst zum Nachteile gereichen. Deshalb wurde schon in §. 44b des erwähnten Entwurfes und §. 44c des im Dezember 1857 der Königl. sächsischen Regierung überreichten Börsenvereinsentwurfes die Bestimmung vorgeschlagen, daß wissenschaftlichen Arbeiten damit in Verbindung stehende Abbildungen von Kunstwerken beigefügt werden dürfen; diese Bestimmung wurde sodann, auf litterarische Arbeiten überhaupt ausgedehnt, als §. 32 in den Entwurf der Bundestagskommission, als Art. 32 in das Königl. bayerische Gesetz vom 28. Juni 1865, als §. 61 Nr. 3 in den Entwurf der Reichstagskommission von 1870 aufgenommen und demnächst als im Interesse der Litteratur notwendig und dem §. 44 des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 entsprechend gemäß dem Regierungsentwurfe §. 6 Nr. 3,

vgl. Drucksachen des Reichstages zweite Legislaturperiode dritte Session 1875 Nr. 24,

unter §. 6 Nr. 4 in das Reichsgesetz vom 9. Januar 1876 übernommen. Eine Benutzung der Nachbildung zu einem litterarischen Zwecke soll alsdann angenommen werden, wenn erstens das Schriftwerk als die Hauptsache erscheint, zu welcher die beigefügten Abbildungen sich als Nebensache verhalten, und wenn zweitens zwischen dem Schriftwerke und den beigefügten Abbildungen eine solche Beziehung besteht, daß letztere zur Erläuterung des Textes dienen. Wenn dieses der Fall ist, wenn insbesondere die Beschreibung in Worten, welche von einem Werke der bildenden Kunst immer nur eine unvollkommene Vorstellung bewirkt, durch die Veranschaulichung desselben im Bilde ersetzt oder vervollständigt wird, so stellt sich die Nachbildung gewissermaßen als ein Bestandteil des Textes dar und verletzt das Urheberrecht des Künstlers so wenig wie der Text des Schriftwerkes. Das Berufungsgericht hat daher die Entscheidung mit Recht davon abhängig gemacht, ob die in Rede stehenden Abbildungen zur Erläuterung des Textes der gedruckten Kanzelvorträge dienen. .

Auch in der Verneinung dieser Frage ist ein Rechtsirrtum nicht zu erkennen. Zwar besteht unverkennbar ein Zusammenhang zwischen dem Inhalte der Predigten und den beigefügten Abbildungen. Der Prediger hatte sich bei den Kanzelvorträgen die Aufgabe gestellt (S. 3), „den gewöhnlichen Gang eines einfachen christlichen Lebens zu zeichnen", und bei Prüfung desselben den an den Wänden der Kathedrale befind-

lichen Kreuzweg Christi zur Richtschnur zu nehmen. „Jenes herrliche Kunstwerk soll uns wie ein andächtiger Führer sein auf der Kreuzfahrt unseres eigenen Lebens ... Deshalb blicken uns aus den heiligen Kreuzstationen die Bilder unseres eigenen Pilgerfahrens an ... Darum laßt uns Station und Lebensbild zugleich betrachten." Demgemäß entsprechen in der Gesamtanordnung die ersten 14 Kanzelvorträge den 14 Stationsbildern. Die einzelnen Vorträge haben die Überschrift „Erstes Bild und erste Station". Die Vorträge nehmen im Verlaufe der Rede, z. B. S. 16. 24 ꝛc, durch Hinweisung auf das entsprechende Bild Bezug. Wenn aber ungeachtet dieses Zusammenhanges das Berufungsgericht zu dem Schlusse gelangt, daß die Abbildungen nicht dazu bestimmt seien, den Text der Kanzelvorträge zu erläutern, und wenn es als Beweisgründe hierfür geltend macht, daß der Text einer Erläuterung durch Bilder nicht bedürfe und daß auch eine Ausgabe ohne Bilder veranstaltet sei, so ist nicht ersichtlich, daß diese thatsächliche Feststellung durch einen Rechtsirrtum beeinflußt worden, welcher als Revisionsgrund geltend gemacht werden könnte.

Die Entscheidung, daß Beklagter sich auf §. 6 Nr. 4 a. a. O. nicht berufen könne, ist umsoweniger für unrichtig zu erachten, da nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes nicht anzunehmen ist, daß bei der in Rede stehenden Veröffentlichung das Schriftwerk als die Hauptsache und die Abbildungen nur als Nebensache erscheinen. Wenn dies auch vom Standpunkte des Verfassers aus anzunehmen ist, da bei den gedruckten wie bei den gesprochenen Kanzelvorträgen nach dem Ausdrucke des Vorwortes des Verfassers Belehrung, Ermutigung und Tröstung der Leser oder Hörer der Hauptzweck war und die Hinweisung auf die in Abbildungen dem Buche beigegebenen wie auf die im Dome befindlichen Stationsbilder nur als Mittel zur Belebung und Verstärkung des Eindruckes der Kanzelvorträge diente, so fehlt es doch an Gründen, dasselbe auch anzunehmen, wenn man sich auf den im gegenwärtigen Rechtsstreite maßgebenden Standpunkt des Beklagten als Verlegers stellt. Der Beweggrund zur Anschaffung des Buches kann sowohl in dem Wunsche, die Abbildungen des Kreuzweges, wie in dem Wunsche, die Kanzelvorträge zu besitzen, bestehen. Es ist weder aus dem Schriftwerke selbst noch aus anderen Umständen erkennbar, daß der Beklagte die Ausgabe mit Bildern lediglich oder hauptsächlich um der Kanzelvorträge willen veranstaltet habe. In Ansehung des

Vertriebes erscheinen daher Text und Abbildungen gleichmäßig als Hauptsache. Auch aus diesem Grunde kann Beklagter sich auf die Bestimmung des §. 6 Nr. 4 a. a. O. nicht berufen."

---

31. Unter welchen Voraussetzungen kann der Käufer dem Verkäufer auf Fehler der Ware gestützte Einreden entgegen setzen, wenn die Ware in Hamburg zu übergeben und zu empfangen war, der nicht in Hamburg wohnhafte Käufer sich aber vorbehalten hatte, dem Verkäufer Instruktion in bezug auf die für den Käufer zu bewirkende Abladung der Ware an eine von dem Käufer zu bestimmende Adresse an einem dritten Orte zu erteilen, der Verkäufer sich bereit erklärt hatte, einer solchen Instruktion zu entsprechen, die Kontrahenten auch vorausgesetzt haben, der Käufer werde vor der Versandinstruktion und vor deren Ausführung weder selbst zur Prüfung der Ware nach Hamburg kommen, noch einen Dritten mit dieser Prüfung betrauen?

I. Civilsenat. Urt. v. 4. Juni 1887 i. S. C. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. I. 121/87.

I. Landgericht Hamburg.
II. Hanseatisches Oberlandesgericht daselbst.

In bezug auf obige Frage sagt das Revisionsurteil in den Gründen:

„Die (nach §. 43 des für die freie und Hansestadt Hamburg am 22. Dezember 1865 publizierten Einführungsgesetzes zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche bei solchen Käufen, bei denen die Ware dem Käufer nicht von auswärts zugesendet, sondern am Platze vom Verkäufer übergeben wird, hinsichtlich der Wirkung des Empfanges bestehene gebliebene) Bestimmung des Art. 17 Tit. 8 Tl. II des Hamburger Statutes von 1603/5 ist in der Doktrin und der (in neuerer Zeit konstanten) Rechtsprechung mit Recht dahin ausgelegt, daß der Käufer, sobald derselbe die Kaufware in Empfang genommen (gleichviel ob er diese Ware vor oder bei Empfang besichtigt oder nur über dieselbe, ohne die Möglichkeit zur Prüfung zu benutzen, verfügt hat) mit keinen Rügen wegen (selbst heimlicher) Mängel gehört wird, es

sei denn, daß der Verkäufer entweder dem Käufer ausdrücklich oder stillschweigend zugesagt habe, auch nach der Empfangnahme wegen gewisser Eigenschaften (bezw. für die Abwesenheit gewisser Mängel) der Ware haften zu wollen, oder den Käufer arglistig getäuscht hat.[1]

Es fragt sich nun, welchen Einfluß es auf das Rechtsverhältnis der Kontrahenten hat, daß der Käufer bei einer in Hamburg zu übergebenden und zu empfangenden Ware bei dem Kaufvertragsabschlusse ersichtlich gemacht hatte, er behalte sich vor, dem Verkäufer Instruktion in bezug auf die für den Käufer zu bewirkende Abladung der Ware an eine von dem Käufer zu bestimmende Adresse an einem dritten Orte zu erteilen, und daß der Verkäufer sich schon beim Kaufvertragsschlusse ersichtlich bereit erklärt hatte, einer solchen ihm zugehenden Versandsinstruktion zu entsprechen. Hierin liegt (auch wenn etwa die Parteien vorausgesetzt haben sollten, der Käufer werde vor der Versandsinstruktion und vor deren Ausführung weder selbst zur Prüfung der Ware nach Hamburg kommen, noch einen Dritten mit dieser Prüfung betrauen) weder eine ausdrückliche, noch eine stillschweigende Zusage des Verkäufers, auch nach der (in der Erteilung der Versandsinstruktion und ihrer Realisierung liegenden) Übergabe und Empfangnahme wegen gewisser Eigenschaften (bezw. für die Abwesenheit gewisser Mängel) der Ware haften zu wollen; namentlich auch bei einer bemusterten Ware nicht die Zusage einer solchen Haftung dafür, daß die Ware dem Muster entspreche. Es folgt auch aus diesen Voraussetzungen (in Ver-

[1] Vgl. Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen Tl. I Abhandl. XI; Baumeister, Privatrecht der Stadt Hamburg §. 50; Brinckmann, Handelsrecht §. 74; Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 15 Nr. 43 S. 138—141; Erk. des Handelsgerichtes Hamburg vom 11. Juli 1861, Hamburger Gerichtszeitung 1861 Nr. 46 S. 137; Erk. desselben Gerichtes vom 15. November 1862, ebenda 1862 Nr. 6 S. 19—21; Erk. des Handelsgerichtes Hamburg vom 23. Juni 1863, vom 3. Juli 1863 und des Obergerichtes dortselbst vom 3. Juli 1863, ebenda 1863 Nr. 74 S. 225—227, Nr. 91 S. 289—291; Erk. des Handelsgerichtes Hamburg vom 1. Oktober 1868, Hamburger Handelsgerichtszeitung 1868 Nr. 217 S. 302; Erk. desselben Gerichtes vom 28. Januar 1877, ebenda 1877 Nr. 22 S. 45. 46; Erk. des Landgerichtes zu Hamburg vom 14. März und des hanseatischen Oberlandesgerichtes vom 7. Juni 1882, ebenda Hauptblatt 1882 Nr. 73 S. 172. 173; Erk. des Landgerichtes Hamburg vom 6. November 1882 und 9. Februar 1883, und derselben Gerichte vom 12. Januar und 8. März 1883, ebenda Hauptblatt Nr. 27 S. 45 und Nr. 47 S. 95. 96. D. E.

bindung damit, daß der Verkäufer nach erteilter Versandsinstruktion die Abladung für den Käufer an die von diesem aufgegebene Adresse, ohne vorgängige Besichtigung der Ware durch den Käufer oder einen Dritten für den Käufer, bewirkt hat) keineswegs, daß, im Falle der Käufer (welcher in der gekennzeichneten Weise über die Ware verfügt hat) deren vertragsgemäße Beschaffenheit zur Zeit der Übergabe bestreitet, der Verkäufer bezüglich dieser Beschaffenheit beweispflichtig sei. Es ist vielmehr Sache des Käufers, nachdem die Übergabe und der Empfang durch die Erteilung der Versandsinstruktion und die Abladung mit ihren rechtlichen Wirkungen existent geworden, klarzulegen (zu behaupten und im Falle des Bestreitens zu beweisen), daß sich der Verkäufer deswegen nicht ohne Arglist auf Ausschließung des Moniturrechtes des Käufers durch vorbehaltlose Verfügung über die Ware berufen dürfe, weil der Verkäufer (trotz des Eintretens in die ihm von dem Käufer eingeräumte Vertrauensstellung) eine Ware abgeladen habe, welche der Verkäufer nach den Grundsätzen der guten Treue nicht für eine empfangbare habe halten können. Der gekennzeichnete Behelf des Käufers folgt allerdings nicht aus der Bestimmung des Art. 350 H.G.B., welcher die Existenz eines Distanzgeschäftes zur Voraussetzung hat, wohl aber aus den allgemeinen Grundsätzen des gemeinen Rechtes über die Unzulässigkeit arglistigen Verhaltens und aus dem aus dem Inbegriffe der Bestimmungen des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches ersichtlichen Gesetzeswillen, daß die in handelsrechtlichen Verhältnissen stehenden Personen ihr Verhalten nach den Grundsätzen der guten Treue zu regeln haben."

---

32. Klage gegen den falsus procurator (Art. 298 H.G.B.). Beweislast. Haftet der als Bevollmächtigter Auftretende nur für das Vorhandensein der Vollmacht oder auch für die Durchführbarkeit des Anspruches gegen den Vollmachtgeber. Verhältnis des Auftrages, im Namen des Auftraggebers zu handeln, zu dem Auftrage, als Kommissionär aufzutreten?

I. Civilsenat. Urt. v. 24. März 1886 i. S. L. (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. I. 29/86.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

... „Wer als Bevollmächtigter eines Anderen in dessen Namen abschließt, haftet nach dem Prinzipe der direkten Stellvertretung aus dem Vertrage nicht. Er hat ja dadurch, daß er in fremdem Namen kontrahiert, einen Anderen verpflichten zu wollen erklärt. Für sich aber giebt er die Erklärung ab, daß er zum Abschlusse bevollmächtigt sei, und aus dieser Erklärung haftet er demjenigen, mit welchem er abgeschlossen hat. Die Art dieser Haftung ist für den Abschluß von Handelsgeschäften in Artt. 55. 298 H.G.B. gesetzlich geregelt. Der Kontrahent kann denjenigen, welcher sich ihm gegenüber als Bevollmächtigter geriert hat, auf Schadensersatz oder auf Erfüllung belangen. Die Klage auf Erfüllung ist aber nicht so aufzufassen, als sei sie die ursprüngliche Kontraktsklage, welche der Beklagte nur dadurch von sich abwenden könne, daß er das Vorhandensein der Vollmacht beweise, sondern Klagegrund ist Gestion des Beklagten als Bevollmächtigter und Nichtvorhandensein der Vollmacht. Diesen Klagegrund als solchen hat der Kläger zu beweisen. Daß das Beweisthema eine Negative ist, steht dieser auf allgemeinen Grundsätzen beruhenden Verteilung der Beweislast ebensowenig entgegen, wie wenn z. B. der Kläger aus einem in eigenem Namen oder aus einem bedingungslos abgeschlossenen Vertrage klagt und der Beklagte Abschluß in fremdem Namen oder unter einer Bedingung behauptet, in welchen Fällen dem Kläger der Beweis des Abschlusses in eigenem Namen oder ohne Bedingung obliegt. Allerdings wird hierbei der Schwerpunkt der Beweisführung thatsächlich häufig auf dem Gegenbeweise beruhen, sodaß schon der Umstand allein, daß keine oder nur bedeutungslose Gegenbeweismomente beigebracht sind, an sich für die Bildung der richterlichen Überzeugung, daß keine Vollmacht erteilt sei, von Bedeutung werden kann. Allein bei Würdigung des Beweisergebnisses hat der Richter sich immer der richtigen Verteilung der Beweislast bewußt zu bleiben.

Der Klagegrund ist, daß der Beklagte keine Vollmacht „erhalten hat". Maßgebend ist daher die Überzeugung des erkennenden Richters über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Vollmacht. Darüber aber, ob bei einer eventuellen Klage gegen den angeblichen Vollmachtgeber Aussicht vorhanden sei, diesem gegenüber den Beweis des Vorhandenseins der Vollmacht zu erbringen, oder ob wegen besonderer Umstände dies nicht anzunehmen sei, steht in dem Rechts-

streite zwischen dem Kontrahenten und dem angeblich Bevollmächtigten dem Richter keine Kognition zu; denn der als Bevollmächtigter Abschließende hat nur für das Vorhandensein der Vollmacht, nicht aber für ein Weiteres einzustehen. Inwiefern dies Verhältnis sich dadurch ändern kann, daß der Kontrahent zunächst gegen den angeblichen Vollmachtgeber klagt und in diesem Rechtsstreite dem angeblich Bevollmächtigten den Streit verkündet, ist hier nicht zu erörtern, da dieser Fall nicht vorliegt.

Gegen die vorstehend entwickelten Grundsätze hat der Berufungsrichter mehrfach verstoßen.

Derselbe führt aus, nachdem die Gebrüder L. geleugnet hätten, durch die Chartrepartie[1] verpflichtet zu sein, habe der Beklagte sein Mandat zu erweisen. Im weiteren Verlaufe der Entscheidungsgründe heißt es:

„Überhaupt aber kann es nicht genügen, wenn der Beklagte Thatumstände anführt, die in ihrer Verknüpfung etwa dahin führen, daß der deutsche Richter nach sorgfältiger Prüfung auf Grund deutscher Rechtsanschauung etwa ihn für berechtigt erklärt, im Namen der Gebrüder L. zu handeln. Das Recht des Klägers geht vielmehr dahin, von dem Beklagten einen solchen Nachweis zu verlangen, der dem Kläger auch in Aux Cayes und vor jedem selbst weniger rechtlich geschulten oder sorgfältigen Gerichte den Sieg zu sichern geeignet ist."

Eine Verpflichtung in dem vom Berufungsrichter angenommenen Umfange würde dem Beklagten nur obliegen, wenn er dieselbe speziell übernommen hätte; aus der einfachen Erklärung, als Bevollmächtigter der Gebrüder L. zu kontrahieren, würde dieselbe nicht zu entnehmen sein. Wenn es daher auch begründet sein sollte, was der Berufungsrichter weiter ausführt:

„Wie hier die Sache liegt, wäre es dem Kläger offenbar unmöglich, eine in Aux Cayes zu erhebende Klage in einer Weise zu begründen, die mit der den Umständen nach (nämlich den mit der Prozeßführung in Hayti verbundenen Schwierigkeiten, Gefahren und Kosten) erforder-

[1] Es handelt sich um die Charterung eines Schiffes, welche der Beklagte as agent for Gebrüder L. in Aux Cayes auf Hayti vorgenommen, und aus welcher er jetzt vom Rheder belangt wird. D. E.

lichen Sicherheit einen Obsieg in dem zur Verantwortung des Beklagten stehenden Punkte, dem Klagerechte des Klägers gegen Gebrüder L., erwarten ließe,"

so ist doch die Folgerung hieraus, daß der Beklagte

„in den Vertrag eintreten und den Kläger für die Nichterfüllung entschädigen müsse",

eine rechtsirrtümliche. . . .

Auch dem, was der Berufungsrichter über den Inhalt beziehentlich die Bedeutung des dem Beklagten von den Gebrüdern L. gewordenen Auftrages ausführt, stehen rechtliche Bedenken entgegen. Es heißt:

„Nach Maßgabe der vorgelegten Korrespondenz muß man annehmen, daß Beklagter in der That von Gebrüder L. Auftrag hatte, Schiffe für deren Rechnung zu chartern, und daß namentlich die Charterung der W. W. für deren Rechnung erfolgte und von ihnen genehmigt wurde. Aber ein solcher Auftrag genügt nicht, um den Kläger in direkten Obligationsnexus zu Gebrüder L. zu bringen; dazu würde gehören, daß der Auftrag dahin ging, im Namen der Auftraggeber Frachtverträge abzuschließen, und also die letzteren sofort, und ohne daß es ihrer Genehmigung im einzelnen Falle bedurfte, zur Erfüllung der vom Beklagten abgeschlossenen Frachtverträge zu verpflichten. Eine derartige Vollmacht ist der Korrespondenz nicht zu entnehmen."

Es ist allerdings richtig, daß ein Auftrag, ein Schiff für den Auftraggeber zu chartern, in zweifacher Weise gegeben werden kann, entweder so, daß der Beauftragte als Kommissionär, also in eigenem Namen und nur für Rechnung des Auftraggebers, oder daß er in dessen Namen abschließe. Allein es ist nicht begründet, daß, wenn nicht ausdrücklich letzteres erklärt ist, der Auftrag im ersteren Sinne verstanden werden müsse. Die beiden Arten von Aufträgen stehen nicht im Verhältnisse des Minus und Plus, vielmehr ist von vorn herein zu untersuchen, auf welche von beiden Möglichkeiten der Wille des Auftraggebers gerichtet war, beziehentlich ob nicht der Auftraggeber die Art der Ausführung des Auftrages dem Beauftragten überlassen hat. Bei dieser Untersuchung ist auf das in Verhältnissen der fraglichen Art allgemein Übliche, desgleichen bei einer vorhandenen Geschäftsverbindung auf das früher von den Beteiligten Befolgte Rücksicht zu nehmen.

In ersterer Beziehung hat der Berufungsrichter keine Untersuchungen angestellt, insbesondere nicht untersucht, ob der kommissionsweise Abschluß von Frachtverträgen mit Benennung des Kommittenten üblich sei, und dieser Mangel kann dadurch nicht ersetzt werden, daß er ausführt, bei Einkauf und Verkauf von Waren für die Gebrüder L. sei der Beklagte nur als Kommissionär aufgetreten."

---

33. Ist der Verkäufer, nachdem er die Zurücknahme der übersandten und ihm zur Disposition gestellten Ware verweigert und auf Zahlung des Kaufpreises geklagt hatte, noch befugt, die (nicht zurückgenommene) Dispositionsstellung anzunehmen? Setzt die Bestimmung des §. 411 C.P.O. voraus, daß eine Beweisaufnahme stattgefunden habe?

I. Civilsenat. Urt. v. 19. Juni 1886 i. S. L. Konkursmasse (Bekl.) w. L. & A. (Kl.) Rep. I. 163/86.

I. Handelskammer Stralsund.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Die Klägerin hatte dem Kaufmanne L. 20 000 Stück Mehlsäcke nach Probe cif Stralsund oder Wolgast für den Preis von 41 Pfennig das Stück zu liefern. Sie schickte 15 127 Stück, welche im März 1885 bei den Zollstätten in Wolgast und Stralsund zu des Käufers Disposition niedergelegt wurden. Dieser untersuchte die Säcke dort und zeigte der Klägerin an, er finde dieselben nicht probemäßig, wolle sie nicht haben und stelle sie ihr zur Verfügung.

Die Klägerin nahm diese Dispositionsstellung nicht an, sondern klagte gegen L. auf Abnahme und Zahlung. Am 28. September wurde über das Vermögen L.'s Konkurs eröffnet. Am 8./9. Oktober fanden zwischen dem einen Mitinhaber der klagenden Firma, welcher nach Stralsund gereist war, und dem Massenverwalter Unterredungen statt, bei welchen ersterer die Rückgewähr der Säcke und ihre Aussonderung aus der Masse forderte und damit die Klage auf den Kaufpreis als gegenstandslos bezeichnete. Nach der Behauptung der Klägerin hatte der Massenverwalter bei jenen Unterredungen keine eigene Erklärung

über das Rechtsverhältnis abgegeben, sondern erklärt, die Gläubigerversammlung entscheiden lassen zu wollen, nach seiner eigenen Behauptung hat er erklärt, die Masse erkenne den Anspruch der Klägerin an und ziehe die Dispositionsstellung zurück. Am 13. November hat die Klägerin die Klage dem Gemeinschuldner, am 2. Dezember dem Massenverwalter gegenüber zurückgezogen.

Am 17. November 1885 hat die Klägerin die vorliegende Klage angestellt mit dem Antrage, die beklagte Konkursmasse zu verurteilen, die 15 127 Mehlsäcke aus der Konkursmasse frei zu geben.

In erster Instanz mit der Klage abgewiesen, erlangte die Klägerin in zweiter Instanz die Verurteilung der Beklagten, das Eigentum der Klägerin an den fraglichen Säcken anzuerkennen und diese aus der Konkursmasse an die Klägerin herauszugeben.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Nach dem für die Entscheidung des Rechtsstreites maßgebenden gemeinen Rechte war die Ware weder durch Absendung, noch durch die Übergabe an die Zollverwaltung ins Eigentum des Käufers L. übergegangen, und es war, da dieser die Säcke nicht haben zu wollen erklärte, die Klägerin berechtigt, die Ware, welche sie zur Erfüllung des Kaufes angeboten hatte, zurückzuziehen. Daß sie anfänglich von diesem Rechte keinen Gebrauch machte, sondern im Gegenteile den Käufer auf Abnahme und Zahlung belangte, hatte auf das Eigentumsverhältnis keinen Einfluß und beeinträchtigte das Recht der Klägerin auf Zurückziehung der Waare an sich nicht. Andererseits präjudizierte auch die ausgesprochene Dispositionsstellung dem Käufer nicht. Derselbe konnte jeden Augenblick die noch vorhandene Offerte der Ware annehmen und das Eigentum an derselben erwerben. Nach beiden Richtungen wurde die Rechtsstellung durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Käufers nicht geändert.

Für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites kommt es also nur darauf an, ob die Klägerin die Dispositionsstellung angenommen, oder genauer, ob sie die Erfüllungsofferte zurückgenommen hat, bevor auf der anderen Seite die Dispositionsstellung zurückgenommen, d. h. die Annahme der Erfüllungsofferte erklärt war, oder ob der letztere Akt dem ersteren vorhergegangen ist.

Es ist dies dieselbe Auffassung, von welcher schon früher das Reichsgericht ausgegangen ist.

Vgl. namentlich das Urteil des I. Civilsenates vom 1. Oktober 1884 in Sachen St. wider Wiener Walzmühle V. u. Co. Rep. I. 239/84, abgedruckt in Seuffert, Archiv Bd. 40 Nr. 301.

Der erste Angriff. des Revisionsklägers gegen das von der gleichen Auffassung ausgehende Berufungsurteil ist daher verfehlt.

Der Berufungsrichter stellt thatsächlich die Priorität der Erklärung der Klägerin fest und entscheidet damit den Rechtsstreit zu Gunsten derselben, ohne auf den von der Beklagten über die von ihr behauptete Priorität ihrer Erklärung deferierten Eid zu erkennen. Er motiviert dieses Verfahren durch Bezugnahme auf §. 411 C.P.O. Der hiergegen gerichtete Angriff der Revisionsklägerin ist unbegründet, denn es ist irrig, daß die Bestimmung des §. 411 a. a. O. voraussetze, daß eine Beweisaufnahme stattgefunden habe, Voraussetzung ist nur, daß das Gericht eine Thatsache für erwiesen erachte. Eine solche Überzeugung kann das Gericht sich auch bilden, ohne daß eine Beweisaufnahme stattgefunden hat; spricht doch §. 259 C.P.O. von dem Ergebnisse einer etwaigen Beweisaufnahme nur als von einem der Momente, welches das Gericht bei der Bildung der Überzeugung zu berücksichtigen hat."

---

34. Welchen Anspruch hat ein Makler, welchen ein anderer Makler zur Ausführung des ihm gewordenen Auftrages zugezogen hat, gegen diesen?

I. Civilsenat. Urt. v. 25. Juni 1887 i. S. A. (Kl.) w. J. (Bekl.) Rep. I. 169/87.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte, Kaufmann in Berlin, wandte sich an den Kläger, Kaufmann in Berlin, mit der Erklärung, Kaufmann P. in Berlin suche auf sein Grundstück eine erste Hypothek von 380 000 ℳ zu $4^1/_2$ % gegen $^3/_4$ % Abschlußprovision und 1 % Maklerprovision. Der Beklagte beauftragte den Kläger, eine solche Hypothek zu verschaffen.

Der Kläger wandte sich an die Hamburger Bank, diese wollte aber nur 360 000 ℳ unter den vorgelegten Bedingungen geben. Der Kläger teilte dies dem Beklagten mit. Dieser schloß darauf hinter dem Rücken des Klägers mit der Hamburger Bank dahin ab, daß diese 360 000 ℳ zu $4^1/_2$ % auf erste Hypothek für 15 Jahre fest und 20 000 ℳ auf zweite Hypothek zu 5 % für 5 Jahre und bei Besitzwechsel mit früherer Rückzahlung gewährte.

Der Kläger fordert nun unter der Behauptung, daß die ortsübliche Maklerprovision 1 % betrage, vom Beklagten $^1/_2$ % von 380 000 ℳ mit Zinsen. Der Beklagte bestreitet den Klaganspruch und leugnet, von P. Provision erhalten zu haben.

In erster Instanz wurde der Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt.

In der Berufungsinstanz sagte der Zeuge P. aus, er habe dem Beklagten Provision für die Beschaffung der fraglichen Hypothek weder bezahlt, noch dafür direkt oder indirekt eine sonstige Belohnung gewährt.

Der Berufungsrichter wies die Klage ab. Er ging davon aus, die Klage habe nicht den Anspruch des Maklers auf Provision zum Gegenstande, sondern vielmehr den Anspruch eines Gesellschafters gegen den anderen auf Teilung der von diesem bezogenen Provision. Dies wird aus der Darstellung in der Klageschrift und aus dem Umstande, daß beide Parteien Makler seien, deduziert. Ferner wird als bewiesen angenommen, daß der Kläger die Hypothek beschafft habe, die geringen Abweichungen vom erteilten Auftrage kämen nicht in Betracht. Allein die Klage sei deshalb abzuweisen, weil der Kläger den Beweis, P. habe dem Beklagten 1 % Provision bezahlt, nicht erbracht habe. Der Kläger habe daher nur ein Recht auf Abtretung der Hälfte des Provisionsanspruches. Den Antrag hierauf zu stellen, habe er aber ausdrücklich abgelehnt.

Auf Revision des Klägers wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Beide Vorderrichter gehen ohne Rechtsirrtum davon aus, daß das dem P. gewährte Darlehn als durch die Bemühungen des Klägers zustande gekommen anzusehen ist, und daß die ganz nebensächlichen Abweichungen nicht zu berücksichtigen sind.

Gegen Rechtsgrundsätze verstößt auch nicht die Auffassung des Rechtsverhältnisses unter den Parteien als Sozietät. Es entspricht den thatsächlichen Verhältnissen, daß ein Makler, welcher einen Auftrag erhalten hat und sich zum Zwecke der Ausführung an einen anderen Makler wendet, diesen zur gemeinschaftlichen Ausführung engagiert. Ebenso hat es ja, wie schon aus dem Petitum auf Herausgabe eines Teiles der Provision hervorgeht, auch der Kläger aufgefaßt. Hieraus ergiebt sich Folgendes.

Ist das den Gegenstand der Sozietät bildende Geschäft ausgeführt, so hat der Kläger gegen den Beklagten den Anspruch, den durch Ausführung des Geschäftes gemachten Gewinn ihm zur Hälfte mitzuteilen. Für die Feststellung dieses Gewinnes ist aber dasjenige maßgebend, was der Beklagte dem Kläger über die Geschäftsbedingungen mitgeteilt hatte, denn nur der Inhalt dieser Mitteilung bildet den Gegenstand der Sozietät. Hatte z. B. der Beklagte eine bestimmte Angabe über die Höhe der ihm vom Auftraggeber zugesagten Provision gemacht, so hat der Kläger, wenn das Geschäft zustande kommt, Anspruch auf die Hälfte dieses Betrages, mag derselbe der vom Auftraggeber wirklich zugesagten Provision entsprochen oder größer oder geringer als dieselbe sein. Ist über die Höhe der Provision nichts gesagt, so wird anzunehmen sein, der Makler habe bei dem Anbieten des Gesellschaftsverhältnisses die ortsübliche Provision als zugesagt erwähnt. Diese wird also für das Verhältnis unter den Gesellschaftern maßgebend sein. Es wird ferner, wenn etwas besonderes nicht vereinbart ist, als unter den Sozien vereinbart anzunehmen sein, daß beide die Gefahr der Zahlung der Provision tragen, daß also, wenn wegen Insolvenz des Auftraggebers die Provision nicht oder nicht voll ausbezahlt wird, der Beklagte nicht für den Ausfall haftet, und daß auch der durch die Verspätung der Zahlung entstandene Schaden beide trifft. Allein dies führt nicht zu dem allgemeinen Satze, daß der Beklagte nur dann einen Teil der Provision herauszugeben hat, wenn er sie, und nur in der Höhe, in welcher er sie erhalten hat. Ferner braucht der Kläger sich nicht einfach auf die Cession des betreffenden Teiles der Provisionsforderung verweisen zu lassen, da er ja keine Garantie dafür hat, daß der betreffende Anspruch überhaupt oder in der Höhe, in welcher ihm der Beklagte verpflichtet ist, entstanden sei und noch bestehe.

Der Kläger hat vielmehr von Anfang an einen (durch das

Zustandekommen des Geschäftes bedingten) Anspruch auf Gewährung des vertragsmäßigen Anteiles an derjenigen Provision, welche der Beklagte aus dem Rechtsverhältnisse mit dem Dritten, wie er dasselbe bei Eingehung der Gesellschaft dem Kläger dargestellt hat, verdient hat, beziehentlich verdient haben muß. Sache des Beklagten ist es, hiergegen die etwaigen zeitlich oder gegenständlich ihn befreienden Momente vorzubringen.

Da im vorliegenden Falle keine besonderen Angaben gemacht sind, so ist die Erklärung des Beklagten an den Kläger so aufzufassen: „P. hat mir den Auftrag gegeben, ihm das fragliche Darlehn zu verschaffen gegen ortsübliche Provision. Diese Provision werde ich Dir zur Hälfte auszahlen, wenn das Geschäft durch Deine Vermittelung zustande kommt." Diese Offerte hat der Kläger acceptiert. Seine Klage auf die Hälfte der ortsüblichen Provision ist daher begründet. Der Beklagte hätte die Klage dadurch zeitlich beziehentlich überhaupt elidieren können, daß er dargethan hätte, trotz seiner Bemühungen habe P. noch nicht gezahlt, oder derselbe sei insolvent geworden ꝛc. Derartige Einwendungen sind nicht gemacht. Die einfache Erklärung, P. habe nicht bezahlt, ist bedeutungslos.

Die Ausführungen des Berufungsrichters beruhen hiernach auf einem Rechtsirrtum, welcher zur Aufhebung des Urteiles führt." . . .

---

35. Betriebsreglement für die Eisenbahnen Deutschlands §. 50. Ist der Absender berechtigt, einen bestimmten Transportweg vorzuschreiben, wenn der Transport durch das Ausland gehen soll?

I. Civilsenat. Urt. v. 2. Juli 1887 i. S. K. (Kl.) w. Eisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. I. 156/87.

I. Landgericht Beuthen.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Der §. 50 Nr. 3 Abs. 3 des Betriebsreglements für die Eisenbahnen Deutschlands lautete in früherer Fassung:

„Führen vom Absendungs- nach dem Bestimmungsorte verschiedene Wege, so ist im Frachtbriefe neben der Adresse der Transportweg

bestimmt anzugeben, und muß dieser von Seiten der Bahn eingehalten werden. Fehlt die Angabe des Transportweges, so wählt die Versandexpedition auf Gefahr des Absenders denjenigen Weg, der ihr in dessen Interesse am zweckmäßigsten erscheint."

Auf Beschluß des Bundesrates vom 12. März 1885, veröffentlicht am 27. dess. Mts. als Nachtrag VI zum Betriebsreglement, wurde diese Bestimmung folgendermaßen abgeändert:

„Führen vom Absendungs- nach dem Bestimmungsorte verschiedene Wege, so ist bei Sendungen, welche einer zollamtlichen Abfertigung unterliegen, der Absender berechtigt, die zu berührende Zollabfertigungsstelle vorzuschreiben.

Im übrigen bleibt die Wahl des Transportweges ausschließlich dem Ermessen der Eisenbahn überlassen. Letztere ist jedoch verpflichtet, das Gut stets über diejenige Route zu befördern, welche nach den veröffentlichten Tarifen den billigsten Frachtsatz und die günstigsten Transportbedingungen bietet."

§. 46 lautet in unveränderter Fassung:

„Der Transport von Gütern erfolgt von und nach allen für den Güterverkehr eingerichteten Stationen, ohne daß es behufs des Überganges von einer Bahn auf die andere einer Vermittelungsadresse bedarf."

Am 25. April 1885 wollte der Kläger, ein Speditionshaus in Kattowitz, bei den Güterexpeditionen Gleiwitz und Morgenroth nach München bestimmte Güter mit Frachtbriefen aufgeben, in welchen die Instradierung über Oswiečim, Wien, Simbach vorgeschrieben war, die Expedition aber lehnte wegen dieser Vorschrift in den Frachtbriefen die Übernahme der Güter ab.

Der Kläger gab nun, um, wie er angiebt, größeren Schaden zu vermeiden, die Güter mit anderen Frachtbriefen, in welchen Oswiečim als Empfangsstation angegeben war, auf und schickte, um dort die Neuauflieferung zu besorgen, seinen Expedienten nach Oswiečim. Der Kläger will dadurch einen Aufwand von 12,90 ℳ gehabt haben und klagt diesen Betrag vom Eisenbahnfiskus beim Amtsgerichte ein.

Der Beklagte ließ sich zuerst bei diesem Gerichte ein, bestritt aber später auf Grund des §. 70 G.V.G. und §. 39 Nr. 2 des preußischen Ausführungsgesetzes zum G.V.G. die Zuständigkeit des Amtsgerichtes und beantragte Verweisung der Sache an das Landgericht. Eventuell,

„für den Fall, daß das Amtsgericht seine sachliche Unzuständigkeit nicht aussprechen sollte", erhob er Widerklage mit dem Antrage,

den Kläger und Widerbeklagten zu verurteilen, anzuerkennen, daß Beklagter und Widerkläger nicht verpflichtet ist, entgegen der vom Bundesrate mit Gültigkeit von 1. April 1885 erlassenen Bestimmung des §. 50 Nr. 3 Abs. 3 des Betriebsreglements Routenvorschriften des Klägers zu beachten und Routenvorschriften enthaltende Frachtbriefe desselben entgegen der Bestimmung in §. 50 Nr. 3 Abs. 3 des Betriebsreglements zuzulassen.

Durch Urteil erklärte sich das Amtsgericht auf Grund des angeführten Ausführungsgesetzes für unzuständig und verwies die Sache an das Landgericht.

Bei der Verhandlung vor dem Landgerichte wurde die Widerklage mit dem gleichen Antrage unbedingt erhoben.

Das Landgericht wies die Klage ab und verurteilte den Widerbeklagten nach dem Widerklagantrage.

Die gegen dieses Urteil vom Kläger eingelegte Berufung wurde zurückgewiesen. Die gegen das Berufungsurteil vom Kläger eingelegte Revision wurde in Ansehung der Entscheidung über die Klage zurückgewiesen; im übrigen wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Widerklage abgewiesen.

Aus den Gründen:

„1. Der Gesetzgeber ist bei Aufstellung der im §. 70 Abss. 2. 3 G.V.G. ausgesprochenen Sätze davon ausgegangen, daß es wünschenswert sei, wenn in gewissen Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, welche „das Grenzgebiet des öffentlichen und des Privatrechtes betreffen", welche „neben der privatrechtlichen eine staatsrechtliche Seite haben", die Rechtsfrage gleichmäßig aufgefaßt werde, und zwar bei Ansprüchen, welche auf Reichsrecht beruhen, im ganzen Reiche, bei solchen, die auf einem Landesrechte beruhen, in allen Teilen des betreffenden Landes.

Vgl. Motive zum Entwurfe des Gerichtsverfassungsgesetzes §. 50.

S. a. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 14 Nr. 103 S. 369.

Diese Gleichmäßigkeit der Beurteilung wird dadurch erreicht, daß die Entscheidung über solche Ansprüche ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich den Landgerichten zugewiesen und dadurch nach §. 509 Nr. 2 C.P.O. die Entscheidung in letzter Instanz durch das Reichsgericht ermöglicht wird. Für bestimmte derartige auf

Reichsrecht beruhende Ansprüche ist diese Zuweisung an die Landgerichte durch §. 70 Abs. 2 G.V.G. direkt verfügt, für bestimmte Kategorieen solcher auf Landesrecht beruhender Ansprüche ist der Landesgesetzgebung überlassen worden, Streitigkeiten über dieselben den Landgerichten zuzuweisen. (§. 70 Abs. 3 G.V.G.) Von dieser Befugnis hat das preußische Ausführungsgesetz zum G.V.G. in §. 39 Gebrauch gemacht. Dasselbe weist den Landgerichten ausschließlich zu in Nr. 2

die Entscheidung über Ansprüche gegen den Landesfiskus wegen Verschuldung der Staatsbeamten.

Von einer eingehenden Erörterung der Tragweite dieser Bestimmung kann hier abgesehen werden: soviel ergiebt sich aus der ratio und dem Wortlaute derselben und des §. 70 Abs. 3 G.V.G. als unzweifelhaft, daß, wenn der Staat zum Zwecke der Eingehung und Erfüllung privatrechtlicher Verträge sich einer Person, welche Staatsbeamter ist, als seines privatrechtlichen Vertreters bedient, das dieser Person in Ansehung der Eingehung und der Erfüllung von Verträgen zur Last fallende Verschulden — mithin auch die schuldhafte Zurückweisung einer Vertragsofferte — nicht unter die betreffende Bestimmung fällt, und daß hierin ebensowenig „die Verfügung einer Verwaltungsbehörde" im Sinne jener gesetzlichen Bestimmung gefunden werden kann.

Vgl. Urteil des I. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 12. Januar 1887 in Sachen L. wider den preußischen Eisenbahnfiskus Rep. I. 381/86.

Hieraus folgt, daß der Grund, aus welchem die vorliegende Sache vom Amtsgerichte an das Landgericht verwiesen worden, nicht stichhaltig ist. Da aber das Revisionsgericht bei Prüfung seiner Kompetenz an die Auffassung des Vorderrichters nicht gebunden ist, sondern die Voraussetzungen der Kompetenz selbständig zu prüfen hat,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 17 Nr. 96 S 384,

so würde, weil der eingeklagte Betrag sich nur auf 12,90 ℳ beläuft, die Revision, wenn der Berufungsrichter nur über die Klageforderung zu entscheiden gehabt hätte, als unzulässig zurückzuweisen sein. Die Entscheidung erstreckt sich aber auch auf die Widerklage, deren Gegenstand sich als unschätzbar darstellt. Die Revision erscheint daher zulässig.

2. Das Handelsgesetzbuch kennt das Institut des Transportes von Gütern durch mehrere räumlich und zeitlich aufeinander folgende

Frachtführer (Transport mit durchgehendem Frachtbriefe) und enthält darüber Bestimmungen in Artt. 401. 410. 411, für Eisenbahnen speziell in Art. 429. Wie es aber an sich dem Frachtführer freisteht, ob er einen Transport, beziehentlich unter welchen Bedingungen er ihn übernehmen will, so kann er auch die Eingehung eines Frachtvertrages mit durchgehendem Frachtbriefe ablehnen, beziehentlich es steht ihm frei, den Frachtvertrag nur dann einzugehen, wenn bei der Möglichkeit der Wahl verschiedener Transportwege ihm selbst die Bestimmung der weiteren Frachtführer überlassen bleibt. Es würde sich also nur fragen, ob nicht in bezug auf den Eisenbahntransport diese Vertragswillkür ausgeschlossen ist.

Diese Frage ist, was das Handesgesetzbuch betrifft, zu verneinen, denn Art. 422, welcher der Eisenbahn untersagt, die nachgesuchte Eingehung eines Frachtgeschäftes zu verweigern, beschränkt dieses Verbot ausdrücklich auf die Offerte eines Frachtvertrages „für ihre Bahnstrecke". Es verstößt also nicht gegen diese Bestimmung, wenn der Beklagte die Übernahme von Gütern mit durchgehendem Frachtbriefe nur unter Bedingungen zusagt.

3. Eine andere Frage ist es aber, ob nicht durch das Betriebsreglement für die Eisenbahnen Deutschlands, insbesondere durch §. 46 desselben,[1] die Eisenbahnen zur Übernahme von Gütern zum Transporte mit durchgehendem Frachtbriefe verpflichtet sind, und ob die Erfüllung dieser Verpflichtung auf dem Rechtswege verlangt werden kann. Keinenfalls genügt zur Widerlegung einer solchen Annahme der vom Berufungsrichter gegebene Grund,

> solche Reglements enthielten zunächst nur für die Verwaltungen selbst Anordnungen, welche für das Frachten aufgebende Publikum erst dadurch Rechte und Pflichten erzeugten, daß sich dasselbe bei der Frachtaufgabe dem betreffenden Reglement unterwirft.

Allein es braucht diese Frage hier deswegen nicht entschieden zu werden, weil die fragliche Verpflichtung doch jedenfalls nur insoweit begründet sein kann, als der Aufgeber den Abschluß des Frachtvertrages unter den im Reglement aufgestellten Bedingungen offeriert, beziehentlich sich den Abschluß unter diesen Bedingungen gefallen läßt. Nimmt man auch an, daß §. 46 die Verpflichtung der Übernahme von Gütern

[1] S. oben S. 167. D. E.

mit durchgehendem Frachtbriefe ganz unbeschränkt aufstellt, so kann das Betriebsreglement doch nur in seiner Totalität zur Anwendung gebracht werden. Enthält dasselbe also eine besondere Bestimmung über den Transport auf mehreren aufeinander folgenden Eisenbahnen, so ist dadurch die Bestimmung des §. 46 modifiziert.

Eine solche Bestimmung ist nun aber in §. 50 Nr. 3 Abs. 3 enthalten. Während für den Fall, daß vom Absendungs- nach dem Bestimmungsorte verschiedene Wege führen, nach der früheren Fassung dieser Bestimmung dem Absender die Angabe des Transportweges nachgelassen und die Bahn verpflichtet war, diesen Weg einzuhalten, behält die neue Fassung die Wahl des Transportweges ausschließlich dem Ermessen der übernehmenden Eisenbahn vor, verpflichtet dieselbe aber, den für den Absender günstigsten Weg zu wählen. Hieraus folgt, daß die Eisenbahn Gut, das mit einem den Transportweg vorschreibenden Frachtbrief aufgegeben wird, zurückzuweisen befugt ist.

4. Das Betriebsreglement des Vereines deutscher Eisenbahnverwaltungen (sog. Vereinsreglement) hat auch in der neuesten Fassung und, wie sich aus der beigefügten Note ergiebt, in bewußtem Gegensatze zum Betriebsreglement für die Eisenbahnen Deutschlands in §. 50 Nr. 3 Abs. 3 die mit der alten Fassung der entsprechenden Stelle dieses Reglements übereinstimmende Fassung beibehalten. Der Revisionskläger macht diesen Umstand für sich geltend, indem er behauptet, daß für den fraglichen Transport, da er nach dem Auslande gerichtet sei, die Bestimmungen des Vereinsreglements maßgebend seien. Die Richtigkeit der letzteren Behauptung kann unerörtert gelassen werden, denn im vorliegenden Falle fehlt die Voraussetzung, unter welcher die Anwendbarkeit des Vereinsreglements behauptet wird, der Transport der Güter ins Ausland. Es handelt sich vielmehr um den Transport von einem Punkte (Eisenbahnstation) des Inlandes zu einem anderen inländischen Platze. Allerdings führt einer der möglichen Transportwege durchs Ausland, allein dadurch wird der Transport zwischen zwei im Inlande liegenden Plätzen nicht zum Transporte in das Ausland. Es liegt also der Thatbestand des §. 50 Nr. 3 Abs. 3 des Betriebsreglements für die Eisenbahnen Deutschlands vor. Die den Transport übernehmende Eisenbahn hat mithin zwischen den verschiedenen möglichen Transportwegen denjenigen zu wählen, welcher für den Absender der vorteilhafteste ist. Sollte sich für den einzelnen Fall als

solcher der Weg durch das Ausland herausstellen, so würde sie diesen Weg zu wählen haben und in diesem Falle das Gut über die im Frachtbriefe vorgeschriebene Zollabfertigungsstelle gehen lassen müssen. Für die Berechnung, welcher Weg den billigsten Frachtsatz biete, würden aber immer die „veröffentlichten Tarife" maßgebend sein, nicht die dem Absender von einer Eisenbahn durch besondere Vereinbarung etwa gewährten niedrigeren Ansätze, wenngleich der Eisenbahn diese Vereinbarung bekannt sein mag.

5. Der klagend geltend gemachte Ersatzanspruch entbehrt aus diesen Gründen eines Rechtsgrundes. Soweit das Berufungsurteil die gegen die vom ersten Richter ausgesprochene Abweisung der Klage gerichtete Berufung zurückweist, ist mithin die Revision unbegründet und war insoweit zurückzuweisen.

6. Dagegen haben die vorigen Richter die Widerklage mit Unrecht zugelassen. Dieselbe wird als Feststellungsklage behandelt, allein sie ist nicht auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien gerichtet, sondern es wird vom Widerkläger für den Fall des Eintrittes eines gewissen Thatbestandes die Entscheidung der dabei eventuell entstehenden Rechtsfragen verlangt. Eine derartige Klage fällt nicht unter den §. 231 C.P.O. und erscheint unzulässig.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 Nr. 119 S. 387."

II. Gemeines Recht.

36. 1. Inwiefern sind auf das Staatsdienerverhältnis nach gemeinem deutschen und nach preußischem Rechte die privatrechtlichen Normen des Dienstvertrages anzuwenden?

2. Haftung des Dienstherrn aus dem Dienstvertrage für den durch mangelhafte Beschaffenheit von Lokalitäten, Arbeitswerkzeugen u. dgl. verursachten Schaden nach gemeinem deutschen und nach preußischem Rechte.

VI. Civilsenat. Urt. v. 4. November 1886 i. S. des Königl. preuß. Fiskus (Bekl.) w. U. (Kl.) Rep. IIIa. 193/86.

I. Landgericht Frankfurt a./M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Ein auf dem Bahnhofe zu Hanau stationiert gewesener Königl. preußischer Eisenbahnbeamter klagte gegen den Fiskus auf Ersatz des Schadens, welcher ihm dort durch einen im Dienste erlittenen Unfall entstanden sei, den er ursachlich auf den schadhaften Zustand einer zum Bahnhofe gehörenden Treppe zurückführte. Das Berufungsurteil erklärte den Anspruch unter der Bedingung eines vom Kläger zu leistenden Eides dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die vom Beklagten eingelegte Revision wurde, abgesehen von einem hier zu übergehenden Punkte, zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht hat den Beklagten deshalb für den Fall, daß der Unfall des Klägers durch den schadhaften Zustand der Treppe, über welche ihn sein dienstlicher Weg führte, bewirkt sein sollte, für schadensersatzpflichtig erachtet, weil es annimmt, daß der Kläger,

obgleich Staatsbeamter, doch aus seinem Dienstvertrage, den es als locatio conductio operarum bezeichnet, gegen seinen Dienstherrn, den Königl. preußischen Fiskus, nach gemeinem Rechte einen Anspruch auf pflichtmäßige Fürsorge für seine körperliche Sicherheit bei Ausübung seiner Dienstverrichtungen gehabt habe, und daß diese Verbindlichkeit dadurch, daß der Beklagte die fragliche Treppe mehrere Tage lang in einem für die Sicherheit der sie benutzenden Personen gefährlichen schadhaften Zustande belassen habe, schuldhafterweise von dem Beklagten verletzt worden sei. Der Hauptangriff des Beklagten war nun gegen diese rechtliche Konstruktion des Verhältnisses der Parteien zu einander gerichtet, und zwar zunächst dagegen, daß auf das Beamtenverhältnis überhaupt die Grundsätze von der locatio conductio operarum angewandt seien, während doch ein privatrechtlicher Vertrag demselben überall nicht zu Grunde liege. So weit ist diesem Angriffe auch Recht zu geben, daß der Dienstvertrag des Staatsbeamten, wenn man einen solchen Vertrag überhaupt statuieren will, jedenfalls kein privatrechtlicher Vertrag, insbesondere kein solcher ist, welcher unmittelbar auf die Begründung privatrechtlicher Obligationsverhältnisse zwischen den Kontrahenten abzielte, sondern daß seine unmittelbare Rechtsfolge nur in der Entstehung des dem Staatsrechte angehörenden Beamtenverhältnisses erblickt werden kann.

Vgl. das zunächst das gemeine Recht betreffende Erkenntnis des Obertribunales zu Berlin bei Seuffert, Archiv Bd. 25 Nr. 235.

... Andererseits muß aber anerkannt werden, daß das einmal begründete Beamtenverhältnis unter seinen Rechtswirkungen auch privatrechtliche Ansprüche, wie z. B. den Anspruch des Beamten auf sein Gehalt, zählt, und daß für die Konstruktion derselben die Benutzung der Analogie der entsprechenden privatrechtlichen Dienstverträge sich völlig rechtfertigt, sogar ohne daß ein Grund ersichtlich wäre, diese Benutzung, wie das Oberlandesgericht geneigt zu sein scheint, auf die Fälle, wo es sich um im Dienste staatlicher Gewerbebetriebe angestellte Beamte handelt, zu beschränken. Vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus wäre übrigens der entsprechende privatrechtliche Dienstvertrag häufig nicht gerade als locatio conductio operarum zu bezeichnen, da diese Vertragsart nach der für das gemeine Recht noch maßgebenden römischen Terminologie sich nur auf operae illiberales, locari solitae beziehen soll, zu welchen man die Dienstverrichtungen

aller höheren Staatsbeamten nicht wird zählen dürfen. Aber da nach dem heutigen gemeinen Rechte auch andere privatrechtliche Dienstverträge wesentlich nach denselben Grundsätzen zu beurteilen sind, so bleibt diese terminologische Frage ohne Erheblichkeit für das praktische Ergebnis.

. . . Übrigens ist für den vorliegenden Prozeß in der soeben besprochenen Beziehung keineswegs zunächst das gemeine, sondern das preußische Recht maßgebend; denn nach §. 1 der preußischen Verordnung vom 23. September 1867, betreffend die allgemeine Regelung der Staatsdienerhältnisse in den neuerworbenen Landesteilen, sollen die für die älteren Provinzen allgemein gültigen Vorschriften, Verordnungen und Gesetze über diese Materie, insbesondere auch die die Rechte und Pflichten der Staatsdiener in Ansehung ihres Amtes bestimmenden, im allgemeinen auch auf die Staatsdiener in den neuen Provinzen Anwendung finden; besonders hervorgehoben sind dort u. a. die Bestimmungen der §§. 68 flg. A.L.R. II. 10. Indessen gelangt man vom Standpunkte des preußischen Beamtenrechtes aus zu keinem anderen Ergebnisse. Einesteils behandelt auch das preußische Landrecht den Dienstvertrag der Staatsdiener nicht als einen privatrechtlichen Vertrag, sondern stellt den die Staatsdiener betreffenden Titel zu den Materieen des öffentlichen Rechtes.

Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 39 Nr. 49.

Anderenteils ist es auch vom Standpunkte des preußischen Rechtes aus schon wiederholt ausgesprochen worden, daß das Staatsbeamtenverhältnis nach manchen Richtungen hin privatrechtliche Ansprüche in seinem Gefolge habe, und daß insoweit die Grundsätze von den Dienstverträgen entsprechende Anwendung finden.

Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 52 S. 324 flg.; Striethorst, Archiv Bd. 85 S. 368 flg.; Urt. des Reichsgerichtes vom 25. Oktober 1884 Rep. V. 184/84.

War somit die Entscheidung des Berufungsgerichtes, daß der hier erhobene Anspruch nach den Grundsätzen von den Dienstverträgen zu beurteilen sei, im Ergebnisse jedenfalls aufrecht zu halten, so mußte ferner auch . . . die Anwendung gebilligt werden, welche das Oberlandesgericht von jenen Grundsätzen gemacht hat. Es kann hierbei dahingestellt bleiben, ob aus dem angeführten §. 1 jener Verordnung von 1867 die Folgerung zu ziehen ist, daß auch für alle privatrecht-

lichen Einzelheiten, welche mit dem Dienstverhältnisse der Beamten in Zusammenhang stehen, ohne jedoch direkt in dem dieses Verhältnis als solches regelnden Abschnitte des preußischen Allgemeinen Landrechtes berührt zu sein, die Bestimmungen des letzteren Gesetzbuches auch in den neuen Landesteilen maßgebend wären, oder ob man als eine Bestimmung des preußischen Beamtenrechtes vielmehr den Satz zu denken hat, daß in jedem Landesteile die dort geltenden privatrechtlichen Bestimmungen über Dienstverträge analog auf das Beamtenverhältnis zur Anwendung zu bringen seien. Denn so weit hier erheblich, weichen die in Betracht kommenden Normen der beiden Rechtsmassen über Dienstverträge nicht von einander ab. Nach preußischem, wie nach gemeinem Rechte ist anzunehmen, daß der Dienstvertrag den Dienstherrn für die Außerachtlassung der erforderlichen Diligenz in Ansehung der körperlichen Sicherheit des Dienenden bei seinen Dienstverrichtungen verantwortlich macht, und nach beiden Rechten genügt zur Begründung des betreffenden Anspruches der Nachweis, daß eine Beschädigung durch eine mangelhafte Beschaffenheit der Lokalitäten, der Arbeitswerkzeuge oder dgl. verursacht ist, welche nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ohne eine schuldhafte Nachlässigkeit des Dienstherrn nicht vorhanden gewesen sein könnte, natürlich unter Vorbehalt des (hier nicht angetretenen) Exkulpationsbeweises. Für das preußische Recht genügt solcher Nachweis wenigstens dann, wenn es sich, wie hier, um Ersatz nicht auch des entgangenen Gewinnes, sondern nur des wirklichen Schadens handelt. Es liegt für das preußische Recht auch bereits eine hiermit übereinstimmende, in einem ganz ähnlichen Falle ergangene, oben schon angeführte Entscheidung des Reichsgerichtes (Rep. V. 184/84) vor." . . .

---

37. 1. Verbindung der Erbschaftsklage mit der erbschaftlichen Singularklage.

2. Insinuation großer Schenkungen unter Lebenden, insbesondere Schenkungen des ganzen — gegenwärtigen und zukünftigen — Vermögens. Ist Insinuation von Schenkungen sub modo notwendig? Grundsätze über die Ausmittelung des Wertes der Gegenleistungen. Erklärung der Schenkung von Immobilien zu Protokoll des Ortsgerichtes als Hilfsbeamten der Justiz nach dem Partikularrechte des Großherzogtumes Hessen.

III. Civilsenat. Urt. v. 4. Januar 1887 i. S. J. We. (Kl.) w. J. H. Kinder (Bekl.). Rep. III. 213/86.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Die J. B.'schen Eheleute zu B. haben laut gerichtlich bestätigten Schenkungsvertrages vom 20. April 1868 dem Erblasser der Beklagten ihr gesamtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen geschenkt, und es hat dafür der Beschenkte die Verpflichtung übernommen:

„die Schenkgeber fortan zu verköstigen und zu verpflegen, ihnen in kranken Tagen sorgfältig aufzuwarten, sie in Wäsche und Flicken zu versorgen, Arzt und Arznei für sie zu bezahlen und sie nach ihrem Ableben christlich beerdigen zu lassen."

Nach dem weiteren Inhalte des Vertrages sollte das bereits vorhandene Vermögen sofort auf den Beschenkten übergehen; die Schenker behielten sich jedoch einen bestimmten lebenslänglichen Einsitz und Auszug, eine Anzahl Grundstücke, sowie das vorhandene bare Geld und die Ausstände zur lebenslänglichen Nutznießung vor.

Von den geschenkten 86 Grundstücken waren inhaltlich der Grundbuchsauszüge 61 dem Ehemanne, 20 beiden Ehegatten und 5 der Ehefrau B. im Grundbuche zugeschrieben und bei der ortsgerichtlich vorgenommenen Abschätzung auf 8710 Gulden = 14 931,43 ℳ taxiert worden. Mit der am 11. Mai 1868 stattgehabten gerichtlichen Bestätigung des Schenkungsvertrages sind diese Grundstücke auf den Namen des Beschenkten ingrossiert worden und nach dem im Jahre 1875 erfolgten Tode desselben auf seine minderjährigen Kinder, die jetzigen Beklagten, durch Erbfolge übergegangen.

J. B. selbst ist am 11. September 1884, dessen Ehefrau schon im Jahre 1872 gestorben und die Beklagten befinden sich seitdem im Besitze des gesamten Nachlasses der B.'schen Eheleute.

Im Juni 1885 traten die drei Geschwister des J. B. mit der Erbschaftsklage gegen die Kinder und Erben des J. H. auf Herausgabe von je einem Dritteile des Nachlasses ihres Bruders unter der Behauptung auf, daß sie die Erbschaft des letzteren nach dem Gesetze angetreten hätten und zu dieser Immobilien, Mobilien, Wertpapiere und Kapitalausstände im Gesamtwerte von 17 010 ℳ gehörten. Zwei dieser

Geschwister haben demnächst die erhobene Klage zurückgenommen und nur die J. J., Witwe von B., hat den Prozeß fortgesetzt.

Der in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgerichte gestellte Klagantrag geht dahin:

„die Beklagten zu verurteilen, in Anerkennung des klägerischen Erbrechtes, auf Grund eines gerichtlichen, eidlich von ihnen zu bestärkenden Inventares ein Dritteil desjenigen, was sie aus dem Vermögen des J. B. durch Schenkungsvertrag an Geld, Wertpapieren und Ausständen erlangt haben, unverkürzt, ein Dritteil desjenigen aber, was sie an sonstigen Mobilien und Immobilien, eventuell ein Dritteil desjenigen, was sie überhaupt aus jenem Vermögen erlangt haben, insoweit es den Betrag von 4666,67 ℳ übersteige, samt allen gezogenen Nutzungen herauszugeben."

Zur Begründung dieses Antrages wurde vorgebracht, daß der Schenkungsvertrag vom 20. April 1868, insoweit er sich auf Geld, Wertpapiere und Ausstände beziehe, eine Schenkung auf den Todesfall enthalte, welche sowohl wegen mangelnder Form, als auch, weil der Beschenkte vor den Schenkern gestorben sei, nichtig oder unwirksam sei, jedenfalls aber, selbst hiervon abgesehen und im ganzen als Schenkung unter Lebenden aufgefaßt, wegen Mangels der gerichtlichen Insinuation (Erklärung der Schenkung zu gerichtlichem Protokolle) zu dem den Betrag von 500 Goldgulden übersteigenden Betrage als ungültig erscheine, und aus diesen Gründen ein Rückforderungsrecht der Klägerin zu einem Drittel des Wertes der geschenkten Objekte begründet sei.

Der Vormund der beklagten Kinder hat zunächst die Passivlegitimation der Beklagten zum erhobenen Erbschaftsanspruche bestritten und weiter vorgebracht, daß die letzteren den Nachlaß des J. B. auf Grund des Vertrages vom 20. April 1868 besäßen, der sich als ein lästiger, und zwar als Verpflegungs- oder Innominatkontrakt darstelle, jedenfalls aber, falls er als Schenkung aufgefaßt werden müsse, als remuneratorische oder doch Modalschenkung der gerichtlichen Protokollierung nicht bedurft habe. Überdies sei die gerichtliche Insinuation durch ortsgerichtliche Protokollierung, nochmalige Unterzeichnung der gerichtlich ausgefertigten Vertragsurkunde und die stattgehabte richterliche Bestätigung vollzogen worden. Endlich könne die Klägerin, selbst wenn die Klage an sich begründet wäre, doch immer nur ein Dritteil des

Nachlasses ihres Erblassers, nicht den gesamten von den Eheleuten B. herrührenden Vermögenskomplex in Anspruch nehmen.

Klägerin widersprach den Ausführungen der Beklagten und hob hervor, daß durch die zur Klagebegründung vorgebrachten Thatsachen die thatsächlichen Unterlagen für jede rechtlich zulässige Klage, insbesondere diejenige wegen grundlosen Habens, gegeben seien.

Die Beklagten haben eventuell den Betrag der auf ihren Erblasser durch Schenkung übergegangenen Vermögensbestandteile spezifiziert und Beweis darüber angeboten; die Klägerin hat das von Obervormundschafts wegen nach dem Ableben des J. B. aufgenommene Inventar über die zu des letzteren Nachlaß gehörigen Mobilien und Ausstände vorgelegt. Durch Gerichtsbeschluß ist die weitere Verhandlung hierüber abgelehnt, „diese auf den Grund des Anspruches und dessen prinzipielle Umschreibung" beschränkt worden.

Durch Erkenntnis vom 23. September 1885 hat das Landgericht die Beklagten verurteilt:

„in Anerkennung des Erbrechtes der Klägerin zu einem Dritteile in den Nachlaß des J. B. zu B. ein Dritteil des durch Schenkungsvertrag von 1868 auf sie, die Beklagten, überkommenen Vermögens, abzüglich eines Dritteiles von 4666,67 ℳ und der in jenem Vertrage den Beschenkten zu Gunsten des J. B. gemachten und auf die Zeit des Schenkungsaktes zu kapitalisierenden Auflagen, samt allen gezogenen Früchten, nach Maßgabe eines eidlich zu bestärkenden Inventares herauszugeben."

Auf Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht durch Urteil vom 19. Mai 1886 dieses Erkenntnis aufgehoben und die erhobene Klage abgewiesen.

Die von der Klägerin hiergegen eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus nachstehenden

Gründen:

„1. Die Passivlegitimation der Beklagten zur Sache ist nicht zu beanstanden, gleichviel ob man die erhobene Klage als Erbschaftsklage (hereditatis petitio partiaria) oder als einen aus der Person des Erblassers der Klägerin entstandenen Anspruch auf teilweise Nichtigkeitserklärung des Schenkungsvertrages vom 20. April 1868 auffaßt. Die erstere ist nicht bloß gegen denjenigen zulässig, der das Erbrecht des Klägers bestreitet, sondern auch gegen denjenigen, welcher aus einem

nichtigen Titel Erbschaftssachen besitzt, vorausgesetzt, daß er die Nichtigkeit dieses Titels kennt oder, ohne daß ihm ein entschuldbarer Rechtsirrtum zur Seite stände, kennen muß. Nimmt man nun an, daß jener gerichtlich bestätigte Schenkungsvertrag den guten Glauben der Beklagten begründe, und daß deshalb die Erbschaftsklage nicht gegen sie angestellt werden könne, so steht doch jedenfalls der Klägerin die in der Gegenerklärung erhobene Nichtigkeitsklage zu. Diese Erweiterung des ursprünglichen Klagevorbringens und eventuelle Verbindung der Erbschaftsklage mit der erbschaftlichen Singularklage wird von dem Vorderrichter mit Recht für statthaft erklärt.

2. In der Hauptsache stellt der Berufungsrichter durch Auslegung des Vertrages vom 20. April 1868 ohne Rechtsirrtum fest, daß dieses Rechtsgeschäft in allen seinen Teilen eine Schenkung unter Lebenden enthalte und zugleich als Schenkung mit einer Auflage (donatio sub modo) aufzufassen sei. Daß die Schenker ihr gesamtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen dem Erblasser der Beklagten überlassen haben, steht der Rechtsbeständigkeit des Vertrages nicht entgegen, da derartige Schenkungen, wenn nicht schon nach römischem Rechte, doch nach heutigem gemeinen Rechte infolge der Zulassung der Erbverträge für gültig zu erachten sind und einen obligatorischen Anspruch auf Aushändigung des auch nach dem Vertragsabschlusse erworbenen Vermögens des Schenkers gegen diesen oder dessen Erben erzeugen.

Die Auflagsschenkung unterliegt im allgemeinen den gesetzlichen Beschränkungen der Schenkung. Das Erfordernis der gerichtlichen Insinuation fällt jedoch weg, wenn zwar der Betrag oder Wert des Gegenstandes des ganzen Aktes das gesetzliche Maß (500 Goldgulden = 4666 $^2/_3$ ℳ) überschreitet, durch die in der Auflage enthaltene Beschränkung der in der Schenkung liegenden Freigebigkeit aber der Gegenstand der letzteren sich auf einen jenes Maß nicht überschreitenden Betrag ermäßigt. Der Vorderrichter verkennt das nicht; er will aber im vorliegenden Falle eine weitere Ausnahme von jener Regel eintreten lassen, weil die dem Beschenkten auferlegten Leistungen zum Teil ungewiß seien, bei Abschluß des Vertrages weder der Zeit nach, noch, soweit es sich um die Verpflegung der Schenker „in kranken Tagen" gehandelt habe, dem Betrage nach hätten festgestellt werden können. Deshalb und weil die Klägerin ihre Behauptung, daß der Gegenstand der Schenkung mit Berücksichtigung des Wertes der Gegenleistung den

Betrag von 500 Goldgulden übersteige, nicht näher begründet habe, wies er die erhobene Klage zurück.

Dieser Entscheidung kann nicht beigetreten werden. Vom prozessualischen Standpunkte aus ist die Frage, wen in einem Falle der vorliegenden Art die Beweislast hinsichtlich des Wertes der Gegenleistungen treffe, nicht zu erörtern. Denn die Klägerin hat nach dem Thatbestande mit bezug auf den Inhalt ihrer Schriftsätze ausdrücklich unter Beweisangebot darauf sich berufen, daß der Wert des geschenkten Vermögens 17010 ℳ, derjenige der Gegenleistungen aber jährlich 50 ℳ und kapitalisiert im ganzen 1000 ℳ betrage, während die Beklagten den Wert des ersteren geringer, den der letzteren höher anschlugen. Da die Gegenleistungen in der Vertragsurkunde selbst benannt sind, so bedurfte es keiner weiteren Substanziierung derselben und es war nur zu entscheiden, ob dieselben ihrer Natur nach einer Abschätzung fähig und eventuell nach welchem Maßstabe und unter welchem Gesichtspunkte solche nach ihrem Geldwerte festzusetzen und von dem Betrage der Schenkung abzurechnen seien. Der Austrag dieser Fragen konnte nicht, wie der erste Richter angenommen hatte, dem Vollstreckungsverfahren überlassen werden; denn bevor der Anfechtungsanspruch oder die Erbschaftsklage für begründet erachtet wird, muß nachgewiesen sein, daß ein solcher Anspruch besteht. Materiell aber sind die Ausführungen des Berufungsrichters grundsätzlich nicht richtig. Der Umstand, daß die von dem Beschenkten übernommenen Leistungen im wesentlichen nur auf die Lebensdauer der Schenker berechnet waren und der Zeitpunkt des Eintrittes des Todes der letzteren bei dem Vertragsabschlusse ungewiß war, verleiht der Schenkung noch nicht den Charakter eines gewagten Geschäftes im eigentlichen Sinne. Scheidet aber dieser Gesichtspunkt aus, so ist nicht einzusehen, weshalb es unzulässig sein sollte, den Wert der versprochenen Alimentationsleistungen in Geld anzuschlagen. Derartige Wertsermittelungen finden in den verschiedenartigsten rechtlichen Beziehungen statt, namentlich bei Leibzuchtsverträgen, die mit Schenkungen eines ganzen Vermögens unter Alimentationsvorbehalt große Ähnlichkeit haben und oft in solche übergehen. Es kann sich dabei immer nur um die Art dieser Wertsermittelung, also darum handeln, nach welchen Grundsätzen diese Ausmittelung stattzufinden habe, welcher Zeitpunkt ihr zu Grunde zu legen, ob dabei die wirkliche oder die mutmaßliche Lebensdauer des Berech-

tigten (l. 68 Dig. ad leg. Falcid. 35, 2; Großh. hessische Verordnung vom 24. August 1822 §. 7) maßgebend oder wie sonst der Kapitalbetrag der zugesicherten Gegenleistungen zu bemessen ist. Hier sind sämtliche Leistungen des Beschenkten durch Abschätzung auf einen jährlichen Geldwert zurückzuführen, mit Ausnahme etwa der bedungenen Verpflegung der Schenker in kranken Tagen, welche das Berufungsurteil auch allein hervorhebt. Allein diese letztere Auflage ist denn doch im Verhältnisse zu der überhaupt zugesicherten Alimentation so geringfügiger Natur, daß hieraus keine Unbestimmtheit der gesamten oder eines irgend erheblichen Teiles der Gegenleistungen hergeleitet zu werden vermag.

Als ferneren Grund für die Zurückweisung der Klage führt der Berufungsrichter an, daß der erhobene Anspruch auch *seinem Gegenstande nach* nicht gehörig substanziiert sei, da sich unter dem auf den Beschenkten, jetzt dessen Erben übergegangenen Vermögen eine erhebliche, von der Klägerin ungeachtet erfolgter Aufforderung nicht ausgeschiedene Anzahl von Gegenständen, insbesondere von Grundstücken, befänden, welche der schon im Jahre 1872 verstorbenen *Ehefrau* des B. eigentümlich gehört hätten, deren Miterbin die Klägerin nicht geworden sei. Diese Erwägung steht jedoch der Erbschaftsklage, insoweit damit zunächst Inventarisierung des Nachlasses des B. verlangt wird, nicht entgegen, und in Ansehung der Nichtigkeitsklage würde solche nur zu einer Abweisung des Anspruches, wie angebracht, führen können.

Eine Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses wäre daher nicht zu umgehen, wenn dasselbe nicht in Gemäßheit des §. 526 C.P.O. deshalb bestätigt werden müßte, weil

3. die gesetzlich vorgeschriebene Form der Insinuation der Schenkung im vorliegenden Falle gewahrt ist.

Das Landgericht hat angenommen, daß zur Gültigkeit einer großen Schenkung zum mindesten die Erklärung des Schenkers zu gerichtlichem Protokolle erforderlich sei, wie das Reichsgericht in den Entsch. in Civils. Bd. 5 S. 131 und Bd. 6 S. 181 bereits ausgesprochen habe. Das Berufungsgericht billigt dies mit dem Anfügen, daß die ortsgerichtliche Protokollierung und gerichtliche Bestätigung des vorliegenden Schenkungsvertrages die Erklärung zu Gerichtsprotokoll nicht ersetze. Auf partikularrechtliche Bestimmungen wird überall nicht Bezug genommen, die

Ungültigkeit der Schenkung ausschließlich durch allgemeine Erwägungen begründet.

Nun hat aber das Reichsgericht keineswegs entschieden, daß eine Erklärung der Schenkung zu gerichtlichem Protokolle ein unumgängliches Erfordernis zur Gültigkeit einer großen Schenkung sei, und es folgt dies auch nicht aus den gesetzlichen Vorschriften. In dem in Bd. 5 Nr 34 der Entsch. des R.G.'s in Civils. abgedruckten Falle hatten die Schenker ihr aus Mobilien bestehendes Vermögen dem Beschenkten unter Lebenden in einer nur den Unterschriften nach ortsgerichtlich beglaubigten Urkunde überlassen und diese Urkunde, ohne persönlich vor Gericht zu erscheinen, letzterem mittels einer schriftlichen Eingabe unter dem Ersuchen überreicht, den Vertrag als insinuiert zu betrachten. In dieser bloßen Anzeige der Schenkung bei Gericht wurde keine gehörige Insinuation derselben gefunden. Im zweiten Falle

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 Nr. 49

ist dagegen ausdrücklich gesagt, daß eine Erklärung der Schenkung zu Gerichtsprotokoll nicht erforderlich sei, daß es vielmehr genüge, wenn der Schenker die Urkunde persönlich dem Gerichte überreiche und das Gericht über diesen Akt ein Protokoll errichte. Dabei ist weiter ausgesprochen worden, daß die im römischen Rechte vorgeschriebene Form der Errichtung großer Schenkungen nach heutigem Rechte und den jetzigen veränderten Formen der gerichtlichen Geschäfte überhaupt nicht mehr beobachtet werden könne.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich von den vorerwähnten in wesentlichen Punkten. Die Beteiligten haben sich zunächst an das zuständige Ortsgericht ihres Wohnsitzes gewendet und von diesem den Schenkungsvertrag in der instruktionell vorgeschriebenen Form protokollieren lassen. Und sie konnten einen anderen Weg gar nicht einschlagen, da nach dem hessischen Edikte vom 16. Oktober 1854 den Ortsgerichten als Hilfsbeamten der Justiz die Protokollierung aller auf unbewegliche Sachen gerichteten Verträge, insbesondere auch der Schenkungsverträge, zur Vorbereitung der gerichtlichen Bestätigung ausschließlich übertragen ist. Daß mit der Schenkung von Immobilien zugleich die schenkweise Überlassung von Mobilien verbunden war, ist schon deshalb unerheblich, weil die Grundstücke den Hauptgegenstand des Vertrages bildeten. Das Ortsgericht hat nun inhaltlich der von den Beklagten angerufenen Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit das

obgleich Staatsbeamter, doch aus seinem Dienstvertrage, den es als locatio conductio operarum bezeichnet, gegen seinen Dienstherrn, den Königl. preußischen Fiskus, nach gemeinem Rechte einen Anspruch auf pflichtmäßige Fürsorge für seine körperliche Sicherheit bei Ausübung seiner Dienstverrichtungen gehabt habe, und daß diese Verbindlichkeit dadurch, daß der Beklagte die fragliche Treppe mehrere Tage lang in einem für die Sicherheit der sie benutzenden Personen gefährlichen schadhaften Zustande belassen habe, schuldhafterweise von dem Beklagten verletzt worden sei. Der Hauptangriff des Beklagten war nun gegen diese rechtliche Konstruktion des Verhältnisses der Parteien zu einander gerichtet, und zwar zunächst dagegen, daß auf das Beamtenverhältnis überhaupt die Grundsätze von der locatio conductio operarum angewandt seien, während doch ein privatrechtlicher Vertrag demselben überall nicht zu Grunde liege. So weit ist diesem Angriffe auch Recht zu geben, daß der Dienstvertrag des Staatsbeamten, wenn man einen solchen Vertrag überhaupt statuieren will, jedenfalls kein privatrechtlicher Vertrag, insbesondere kein solcher ist, welcher unmittelbar auf die Begründung privatrechtlicher Obligationsverhältnisse zwischen den Kontrahenten abzielte, sondern daß seine unmittelbare Rechtsfolge nur in der Entstehung des dem Staatsrechte angehörenden Beamtenverhältnisses erblickt werden kann.

Vgl. das zunächst das gemeine Recht betreffende Erkenntnis des Obertribunales zu Berlin bei Seuffert, Archiv Bd. 25 Nr. 235.

... Andererseits muß aber anerkannt werden, daß das einmal begründete Beamtenverhältnis unter seinen Rechtswirkungen auch privatrechtliche Ansprüche, wie z. B. den Anspruch des Beamten auf sein Gehalt, zählt, und daß für die Konstruktion derselben die Benutzung der Analogie der entsprechenden privatrechtlichen Dienstverträge sich völlig rechtfertigt, sogar ohne daß ein Grund ersichtlich wäre, diese Benutzung, wie das Oberlandesgericht geneigt zu sein scheint, auf die Fälle, wo es sich um im Dienste staatlicher Gewerbebetriebe angestellte Beamte handelt, zu beschränken. Vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus wäre übrigens der entsprechende privatrechtliche Dienstvertrag häufig nicht gerade als locatio conductio operarum zu bezeichnen, da diese Vertragsart nach der für das gemeine Recht noch maßgebenden römischen Terminologie sich nur auf operae illiberales, locari solitae beziehen soll, zu welchen man die Dienstverrichtungen

aller höheren Staatsbeamten nicht wird zählen dürfen. Aber da nach dem heutigen gemeinen Rechte auch andere privatrechtliche Dienstverträge wesentlich nach denselben Grundsätzen zu beurteilen sind, so bleibt diese terminologische Frage ohne Erheblichkeit für das praktische Ergebnis.

. . . Übrigens ist für den vorliegenden Prozeß in der soeben besprochenen Beziehung keineswegs zunächst das gemeine, sondern das preußische Recht maßgebend; denn nach §. 1 der preußischen Verordnung vom 23. September 1867, betreffend die allgemeine Regelung der Staatsdienerhältnisse in den neuerworbenen Landesteilen, sollen die für die älteren Provinzen allgemein gültigen Vorschriften, Verordnungen und Gesetze über diese Materie, insbesondere auch die die Rechte und Pflichten der Staatsdiener in Ansehung ihres Amtes bestimmenden, im allgemeinen auch auf die Staatsdiener in den neuen Provinzen Anwendung finden; besonders hervorgehoben sind dort u. a. die Bestimmungen der §§. 68 flg. A.L.R. II. 10. Indessen gelangt man vom Standpunkte des preußischen Beamtenrechtes aus zu keinem anderen Ergebnisse. Einesteils behandelt auch das preußische Landrecht den Dienstvertrag der Staatsdiener nicht als einen privatrechtlichen Vertrag, sondern stellt den die Staatsdiener betreffenden Titel zu den Materieen des öffentlichen Rechtes.

Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 39 Nr. 49.

Anderenteils ist es auch vom Standpunkte des preußischen Rechtes aus schon wiederholt ausgesprochen worden, daß das Staatsbeamtenverhältnis nach manchen Richtungen hin privatrechtliche Ansprüche in seinem Gefolge habe, und daß insoweit die Grundsätze von den Dienstverträgen entsprechende Anwendung finden.

Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 52 S. 324 flg.; Striethorst, Archiv Bd. 85 S. 368 flg.; Urt. des Reichsgerichtes vom 25. Oktober 1884 Rep. V. 184/84.

War somit die Entscheidung des Berufungsgerichtes, daß der hier erhobene Anspruch nach den Grundsätzen von den Dienstverträgen zu beurteilen sei, im Ergebnisse jedenfalls aufrecht zu halten, so mußte ferner auch . . . die Anwendung gebilligt werden, welche das Oberlandesgericht von jenen Grundsätzen gemacht hat. Es kann hierbei dahingestellt bleiben, ob aus dem angeführten §. 1 jener Verordnung von 1867 die Folgerung zu ziehen ist, daß auch für alle privatrecht-

Kinde das Recht zur Anfechtung seiner Legitimität abgesprochen, aber es fehlt an einer Begründung dieser Ansicht, mit welcher z. B. auch v. Roth, Deutsches Privatrecht Tl. 2 §. 152 S. 282, keineswegs übereinstimmt." ...

---

39. 1. Unterschied in der rechtlichen Stellung der Mutter dem vorwiegenden Erziehungsrechte des Vaters gegenüber, je nachdem eine gerichtliche Trennung der Ehe stattgefunden, bezw. ein Ehetrennungsprozeß wenigstens schon anhängig ist, bezw. doch wenigstens einredeweise das Recht, von dem anderen Ehegatten getrennt zu leben, bereits gerichtlich in Anspruch genommen ist, oder von allem diesen noch nichts vorliegt.

2. Kann ein Revisionsgrund darin gefunden werden, daß das Berufungsgericht die auf Grund von §. 139 C.P.O. beantragte Aussetzung der Verhandlung aus einem rechtsirrigen Grunde abgelehnt hat?

VI. Civilsenat. Urt. v. 7. März 1887 i. S. Sch. Ehefrau (Bekl.) w. ihren Ehemann (Kl.). Rep. IIIa. 386/86.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Gründe:

„Daß die von dem Vater auf Auslieferung seiner zwei kleinen Kinder gerichtete Klage mit Recht für an sich begründet erklärt sei, unterlag keinem Bedenken. Denn nach gemeinem deutschen Rechte steht ein solcher Anspruch dem Vater gegen jeden Dritten, welcher ihm sein Kind vorenthält, an sich zu, zunächst als dem Inhaber der väterlichen Gewalt, aber sodann auch abgesehen hiervon.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 115.

Auch in der Verwerfung der von der Beklagten, als Mutter der Kinder, aus dem Interesse der letzteren hergenommenen Einrede konnte, wenn man einstweilen von der Berufung der Beklagten auf den von ihr anhängig gemachten Ehescheidungsprozeß absieht, eine Rechtsverletzung nicht gefunden werden. Das Reichsgericht hat früher (a. a. O. S. 116) ausgesprochen, daß jedenfalls dritte Personen außer der Mutter eine

solche Einrede vorzuschützen überhaupt nicht berechtigt seien. Es darf aber sogar bezweifelt werden, ob nach gemeinem Rechte auch nur der Mutter, solange sie nicht entweder rechtsgültig vom Vater, wenn auch nur zeitweilig, geschieden ist, oder doch wenigstens jetzt gleichzeitig gerichtlich das Recht, von demselben getrennt zu leben, in Anspruch nimmt, eine solche Einrede zustehe, ob nicht insbesondere die l. 1 §. 3. l. 3 §. 5 Dig. de lib. exh. 43, 30 und l. 3 Cod. de al. lib. 5, 25, welche für besondere Fälle der Mutter dem Vater gegenüber das Recht, ihm die Kinder zu entziehen, beilegen, stillschweigend eine vorhergegangene Ehescheidung, welche nach römischem Rechte jederzeit durch einseitige, wenn auch an eine bestimmte Form gebundene (l. un. §. 1 Dig. unde vir et ux. 38, 11 und l. 9 Dig. de divort. 24, 2) Willenserklärung vollzogen werden konnte, voraussetzen, also in die Reihe derjenigen Stellen gehören, welche, wie l. un. Cod. divort. facto 5, 24 und Nov. 117 cap. 7, von der Zusprechung der Kinder nach Scheidung der Ehe handeln, in welchem Falle sie sogar ihre Geltung eben durch Nov. 117 cap. 7 formell verloren haben würden. Jedoch dies braucht hier nicht entschieden zu werden; denn wenn man auch aus l. 1 §. 3 l. 3 §. 5 Dig. 43, 30 und l. 3 Cod. 5, 25 den Rechtssatz entnehmen will, daß in gewissen Ausnahmefällen die Mutter selbst ohne Rücksicht auf eine vollzogene oder gerichtlich angestrebte Scheidung die Kinder dem Vater vorenthalten dürfe, so wird man doch jedenfalls dies als eine Singularität in engen Grenzen halten müssen und nur in extremen Fällen den Anspruch des Vaters in dieser Weise scheitern lassen dürfen; auch von diesem Standpunkte aus würde daher, solange man von dem Ehetrennungsprozesse der Parteien absieht, an der angefochtenen Entscheidung des Oberlandesgerichtes schwerlich etwas auszusetzen sein.

Die Sache unterliegt nun aber ebendeshalb einer ganz anderen Beurteilung, weil die Beklagte in der Berufungsverhandlung die neue Behauptung vorgebracht hat, sie habe inzwischen gegen den Kläger ihrerseits eine Klage auf Trennung von Tisch und Bett erhoben. Damit hatte sie, wie ihr dies nach §. 491 Abs. 1 C.P.O. freistand, eine nicht unerhebliche, neu entstandene Einrede geltend gemacht, deren thatsächliches Fundament nach §. 129 Abs. 2 C.P.O. auch als vom Kläger zugestanden gelten mußte, welche aber keineswegs die richtige Würdigung von seiten des Oberlandesgerichtes gefunden hat. Die Revisionsklägerin hat zwar hieran zunächst einen nicht zutreffenden Angriff geknüpft,

indem sie gerügt hat, daß das Oberlandesgericht den von ihr in der Berufungsverhandlung gestellten Antrag, die Verhandlung bis zur Erledigung des Ehetrennungsprozesses nach Maßgabe des §. 139 C.P.O. auszusetzen, nach den Entscheidungsgründen seines Urteiles aus dem Grunde verworfen habe, weil ein präjudizielles Rechtsverhältnis hier nicht in Frage stehe. Wenn es auch, wie bald darzulegen sein wird, rechtsirrtümlich war, hier die Präjudizialität zu leugnen, so ist doch darin, daß aus diesem unrichtigen Grunde die Aussetzung der Verhandlung abgelehnt worden ist, ein Revisionsgrund nicht zu erblicken. Diese Ablehnung ist nämlich im Laufe der mündlichen Verhandlung durch einen besonderen Beschluß erfolgt, welcher nach §. 229 C.P.O. der sofortigen Beschwerde unterlag.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 S. 427.

Nun sind aber nach §. 510 C.P.O. solche dem Endurteile vorausgegangene Entscheidungen des Berufungsgerichtes, welche im Gesetze für mit der Beschwerde anfechtbar erklärt sind, der Beurteilung des Revisionsgerichtes entzogen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 14 S. 436.

Der Umstand, daß die Beklagte mittlerweile eine Ehetrennungsklage anhängig gemacht hat, ist aber vom Berufungsgerichte auch bei der materiellen Beurteilung der gegenwärtigen Streitfrage nicht genügend in Betracht gezogen worden. Das Oberlandesgericht erklärt es sogar ausdrücklich für unerheblich, ob die Beklagte, weil sie an dem ehelichen Zerwürfnisse weder allein, noch vorzugsweise schuld trage, in dem Trennungsprozesse obsiegen werde, und bezeichnet im Gegensatze hierzu als die allein erhebliche Frage die, ob die Kinder eine unangemessene Behandlung von dem Kläger zu besorgen haben. Dies ist rechtsirrtümlich. Es ist dabei verkannt, daß für Fälle dieser Art bei einem Streite über das Erziehungsrecht dem richterlichen Ermessen dem vorwiegenden Rechte des Vaters gegenüber, an welchem allerdings im Zweifel auch hier immer festgehalten werden muß, doch ein viel weiterer Spielraum gelassen ist, indem dabei auch zu berücksichtigen ist das Interesse der Kinder, namentlich mit Rücksicht auf ihr Alter und Geschlecht, der Umstand, welchem der Ehegatten die überwiegende Schuld zur Last fällt, und vielleicht noch manches andere. Verhältnismäßig feste Normen für die Zusprechung der Kinder gelten gemeinrechtlich nur für den Fall der erkannten immerwährenden Scheidung, im Anschlusse

an Nov. 117 cap. 7. Es ist schon nicht zu billigen, diese Normen ohne weiteres, wie Sarwey, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 32 S. 10, und Brinz, Pandekten Abt. 2 §. 248 S. 1169, es zu wollen scheinen, auf die erkannte bloß zeitweilige Trennung zu übertragen; hier tritt vielmehr ein freieres richterliches Ermessen ein, in analoger Anwendung der l. un. Cod. divort. facto 5, 24, bezw. des „ex justissima causa“ in l. 1 §. 3 Dig. de lib. exh. 43, 30.

So auch das Oberappellationsgericht zu Lübeck bei Seuffert, Archiv Bd. 14 Nr. 43 und Bd. 33 Nr. 312.

Um so sicherer greift dieses freiere Ermessen bei Bestimmung des betreffenden Zustandes für die Zeit während des Scheidungsprozesses Platz.

Vgl. Entsch. des Obertrib. zu Berlin, bei Seuffert, Archiv Bd. 31 Nr. 245, und des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck, ebenda Bd. 33 Nr. 312.

Nach §. 575 Abs. 2 C.P.O. ist es zwar jetzt nicht gestattet, die Frage wegen des Habens der Kinder in den Eheprozeß hineinzuziehen, wie es sonst üblich war.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 S. 370 und Bd. 9 S. 381 flg.

Aber mit Rücksicht auf einen schwebenden Eheprozeß kann natürlich nach §. 584 C.P.O. eine einstweilige Verfügung, wie über die dort als Beispiel hervorgehobenen Alimente, so auch über die Kinder erlassen werden, und ferner muß es folgerichtigerweise für zulässig gehalten werden, die Wirkung einer solchen einstweiligen Verfügung sich auch ohne weiteres schon durch Vorschützung einer Einrede gegen die Klage auf Auslieferung der Kinder zu verschaffen, gerade wie es vom Reichsgerichte bereits für zulässig erklärt worden ist, Gründe, welche zu einer temporären Trennung der Ehe berechtigen, auch ohne Anstellung einer Klage auf eine solche, ja ohne Erwirkung einer einstweiligen Verfügung wegen vorläufiger Trennung nach §. 584 C.P.O., lediglich einredeweise der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gegenüber geltend zu machen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 S. 150 flg.

Aus diesen Gründen mußte es für verfehlt erklärt werden, daß das Oberlandesgericht eine Berücksichtigung des anhängigen Eheprozesses für den vorliegenden Rechtsstreit abgelehnt hat. Nötigenfalls hätte die Be-

klagte nach §. 130 Abs. 1 C.P.O. noch zu näheren Angaben, insbesondere zur Angabe ihrer Beweismittel für die angeblich für sie günstige Lage des Ehetrennungsprozesses — in welcher Hinsicht vielleicht ein Antrag auf Beiziehung der Akten des genannten Prozesses nahe gelegen hätte — aufgefordert werden sollen. Jedenfalls hat die Beklagte insofern mit Recht verlangt, daß die Frage wegen des etwaigen gegenseitigen Verschuldens der beiden Eheleute in dem gegenwärtigen Prozesse mit erörtert werde, als auch bei einer bloßen einstweiligen Verfügung über die Kinder dieser Punkt wenigstens nicht ganz außer acht bleiben dürfte.

Vgl. Sarwey, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 32 S. 38 flg. 41.

Es war daher der Revision dahin Folge zu geben, daß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur abermaligen Verhandlung und zur Entscheidung nach den hervorgehobenen Gesichtspunkten an das Berufungsgericht zurückverwiesen werde."

---

40. Geht nach gemeinem deutschen Privatrechte oder dem Rechte des Fürstentumes Waldeck der Anerbe durch Aufheiratung auf einen anderen Hof seines Anerbenrechtes verlustig? Zulässigkeit eines stillschweigenden Verzichtes auf das Anerbenrecht?

III. Civilsenat. Urt. v. 12. März 1887 i. S. D. (Kl.) w. L. (Bekl.) Rep. III. 306/86.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Mutter des Klägers verheiratete sich im Jahre 1843 mit H. D. aus Fr. und brachte diesem die ihr von ihren Geschwistern eigentümlich überlassene, nach Bauern- und Anerbenrecht vererbliche sog. Grundmühle zu G. in die Ehe ein. Wenige Jahre nach der Geburt des Klägers starb dessen Vater und die Mutter schritt mit dem Müller G. L., dem jetzigen Beklagten, zur zweiten Ehe. In dem zwischen beiden mit Zuziehung des Vormundes des Klägers errichteten und gerichtlich bestätigten Ehevertrage vom 17. Januar 1851 wird unter anderem bestimmt (§. 1):

„daß G. L. nach geschehener Trauung in die Grundmühle bei G. ziehen und das Geschäft als Herr und Vater führen solle."

In dieser Ehe wurden zwei Kinder geboren.

Kläger selbst verheiratete sich im Jahre 1868 mit M. E. D. aus S. Inhaltlich der unter den Verlobten mit Zuziehung des Vormundes des Klägers abgeschlossenen, gerichtlich bestätigten Ehepakten vom 17. März 1868 räumte die Braut dem Bräutigam die Rechte eines aufheiratenden Ehegatten rücksichtlich des ihr von ihren Eltern überlassenen Bauerngutes zu S. ein.

Demnächst starb die Mutter des Klägers, ohne eine letztwillige Verfügung über die Grundmühle getroffen zu haben, und es verheiratete sich Beklagter im Jahre 1870 anderweit.

Kläger ist im Jahre 1874 wegen Trunksucht entmündigt worden. Der Vormund hat nun Klage auf Herausgabe der Grundmühle zu G. erhoben und zur Klagebegründung sich darauf berufen, daß der Entmündigte Alleineigentümer der Mühle nebst dem dazu gehörigen Gute nach Anerbenrecht sei, deren Besitz derselbe, da er im Jahre 1844 geboren sei, spätestens am 1. Januar 1870 habe verlangen können.

Der Beklagte wendete u. a. ein:

„1. daß seine verstorbene erste Ehefrau, die Mutter des Klägers, in den Ehepakten vom 17. Januar 1851 eine anderweite Bestimmung über die Grundmühle getroffen habe, insofern sie im §. 1 diese Mühle ihm, dem Beklagten, auf Lebenszeit überlassen habe, hierdurch aber das Recht des berufenen Anerben mindestens für diese Zeit nach §. 7 des waldeckischen Gesetzes vom 24. September 1851 in Wegfall gekommen sei;

2. daß Kläger sich seines Anerbenrechtes durch Verzichtleistung, sowie weiter in Gemäßheit des §. 10 des waldeckischen Gesetzes vom 11. Dezember 1830 dadurch begeben habe, daß er in das Gut seines Schwiegervaters eingeheiratet habe."

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es erkennt zwar an, daß dem Kläger das geltend gemachte Anerbenrecht an der streitigen Mühle an sich zustehe und die dem Beklagten eingeräumten Rechte eines Interimswirtes mit der Volljährigkeit des Klägers erloschen seien, ist jedoch der Meinung, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das Anerbenrecht durch Verheiratung des Anerben in ein anderes Gut verloren gehe.

Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg. Auf Revision des Klägers wurde jedoch das Berufungsurteil aufgehoben und unter Abänderung des erstinstanzlichen Erkenntnisses die erhobene Klage nur zur Zeit abgewiesen.

Aus den Gründen:

„1. Der erste Richter hat die Frage, ob der §. 10 der waldeckischen Verordnung vom 11. Dezember 1830 über die Erbfolge in ein Bauerngut formell noch zu Recht bestehe, unentschieden gelassen und sich auf die Erwägung beschränkt, daß gedachter §. 10 den Rechtssatz, daß durch Verheiratung in ein anderes Bauerngut das Anerbenrecht verloren gehe, nicht erst einführe, sondern als geltendes Recht voraussetze. Der Berufungsrichter tritt diesem Entscheidungsgrunde bei und macht den Ausführungen des Beklagten gegenüber weiter geltend: „Es sei zwar der §. 10 a. a. O. nicht in das Gesetz vom 24. September 1851 aufgenommen worden; daraus folge aber nicht die Aufhebung des früheren mit dem erwähnten späteren Gesetze nicht in Widerspruch stehenden Grundsatzes, wonach die Verheiratung des Anerben in ein anderes Gut als ein Aufgeben des Anerbenrechtes angesehen werden solle; denn dieser Grundsatz gehöre dem deutschen Privatrechte an und es dauere seine Entstehungsursache, die Schwierigkeit der Bewirtschaftung zweier Güter durch einen Bauern, auch jetzt noch fort." Damit spricht der Vorderrichter unzweideutig aus, daß nach gemeinem deutschen Privatrechte der Anerbe durch Aufheiratung in einen anderen Hof seines Anerbenrechtes verlustig gehe, daß dieser Grundsatz in §. 10 der Verordnung vom 11. Dezember 1830 auch partikularrechtlich zum Ausdrucke gebracht worden sei und neben dem Gesetze vom 24. September 1851 noch fortdauernd in Geltung stehe, obwohl er in diesem Gesetze selber keine Aufnahme gefunden habe. Zweifelhaft könnte sein, ob der Berufungsrichter sagen wollte, daß jener Rechtssatz nach Erlaß des Gesetzes vom 24. September 1851 nur noch gemeinrechtliche Gültigkeit habe oder, weil der §. 10 der älteren Verordnung durch das neue Gesetz nicht beseitigt sei, zugleich als ein gemeinrechtlicher und partikularrechtlicher betrachtet werden müsse. Nach der ganzen Fassung der Entscheidungsgründe, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß der Berufungsrichter auf die Gründe des ersten Urteiles verweist und dieses unentschieden läßt, ob der §. 10 a. a. O. formell noch in Kraft sei, muß ersteres angenommen werden. Es bedarf daher keiner Erörterung der

Frage, ob das Berufungsurteil im letzteren Falle deshalb der Revision unterliegen würde, weil es den angeführten Rechtssatz sowohl auf das gemeine Recht, als auch auf das Landesrecht, und zwar wesentlich mit der Begründung zurückführt, daß der §. 10 a. a. O. seinem Inhalte nach das gemeine Recht in sich aufgenommen habe und in gleicher Weise noch neben dem späteren Gesetze in Geltung geblieben sei.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 Nr. 115 S. 405.

Denn die Entscheidung über die eingelegte Revision hängt in der That nach jener Auffassung der Entscheidungsgründe zum Berufungsurteile ausschließlich davon ab, ob der Satz, daß das Anerbenrecht hinwegfalle, wenn der Anerbe bereits ein anderes Bauerngut besitzt, als ein dem geltenden gemeinen deutschen Privatrechte angehöriger Rechtsgrundsatz betrachtet werden kann. Diese Annahme des Vorderrichters ist zweifellos nicht begründet. Ob und inwieweit von einem gemeinen deutschen Bauernrechte, namentlich einem gemeinen Meierrechte, überhaupt die Rede sein könne, mag unerörtert bleiben; jedenfalls erstreckt sich dessen Geltung, was die Erbfolge in Bauerngüter angeht, nur auf zwei Prinzipien, nämlich die Unteilbarkeit des Hofes und die Bevorzugung des männlichen Geschlechtes vor dem weiblichen. Dagegen wurde von jeher, wenigstens seit der Mitte des vorigen Jahrhundertes, angenommen, daß sich in allen sonstigen Beziehungen, insbesondere rücksichtlich der Entziehung und Übertragung des Anerbenrechtes und der Frage, ob ein Kolon mehrere Höfe zugleich besitzen dürfe, keine allgemein gültigen Rechtsnormen aufstellen ließen, dies alles vielmehr von Landesgesetzen, Herkommen und besonderen Verträgen abhänge.

Wie verschiedenartig dieses Rechtsverhältnis schon vor der Beseitigung der Eigenbehörigkeit in den deutschen Ländern und vor der Aufhebung des gutsherrlichen Verbandes in der Mehrzahl derselben durch Gesetz und Gewohnheit geregelt war, ergiebt die Zusammenstellung bei

Pfeiffer, Deutsches Meierrecht S. 83 flg. 200 flg. 209. 213 flg., welcher eine Reihe von älteren und neueren Verordnungen, sowie von Gerichtsaussprüchen mitteilt, in denen teils beschränkt, teils unbeschränkt die Vereinigung mehrerer Bauernhöfe in eine Hand bald zugelassen, bald für unzulässig erklärt wird.

Vgl. auch Hagemann, Landwirtschaftsrecht §. 272 u. Praktische Erörterungen Bd. 5 Nr. 33 S. 170 §. 10; Grefe, Hannovers

Recht Bd. 2 § 62 Nr. II A §. 66 Nr. II; Busch, Beiträge zum Meierrechte S. 26.

Vollends aber ist nach Aufhebung der Eigenbehörigkeit und des gutsherrlichen Verbandes jeder innere Rechtsgrund für die Unfähigkeit eines Anerben, mehrere Bauernhöfe zu bewirtschaften, hinweggefallen, und wenn dieses Verbot in einzelnen neueren Gesetzen noch aufrecht erhalten oder neu eingeführt wurde,

vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 5 § 322 S. 383 flg.,

so beruht das auf wirtschaftlichen Erwägungen, deren Berechtigung hier nicht zu untersuchen ist.

Das angefochtene Urteil war hiernach wegen Verstoßes gegen allgemeine Rechtsnormen aufzuheben.

Nach dem Waldecker Partikularrechte aber, auf welches gemäß §. 528 Abs. 4 C.P.O. eingegangen werden kann, muß bei richtiger Auslegung der bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen die Vorschrift des §. 10 der Verordnung vom 11. Dezember 1830, „daß, wenn der durch das Gesetz oder durch elterliche Wahl berufene Anerbe zu der Zeit, wo die Gutsübernahme geschehen müsse, sich seines Rechtes durch Verheiratung in ein anderes Gut begeben habe, an dessen Stelle das ... folgende Kind eintrete", — als durch das Gesetz vom 24. September 1851 beseitigt angesehen werden. Dieses Gesetz hebt die Geschlossenheit der Güter und den gutsherrlichen Verband auf und beläßt es in Ansehung des mit ersterer in engstem Zusammenhange stehenden gesetzlichen Anerbenrechtes nur insofern, „als der Eigentümer des Gutes nicht eine anderweite Bestimmung getroffen haben sollte" (§. 7). Mit dieser Verfügungsfreiheit des Gutseigentümers steht jene Bestimmung des §. 10 der älteren Verordnung in offenbarem Widerspruche; denn es würde von privatrechtlichem Standpunkte aus nichts entgegenstehen, wenn der Eigentümer mehrerer Bauernhöfe solche einem von seinen Söhnen unter Lebenden oder auf den Todesfall durch besondere Disposition überließe. Daß der fragliche Grundsatz des §. 10 a. a. O. aber lediglich bei dem Eintritte der gesetzlichen Erbfolge fortdauernd zur Anwendung kommen solle, hätte notwendig in §. 7 des Gesetzes von 1851, der doch eine Reihe anderer Vorschriften der älteren Verordnungen herübernahm, ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. Es ist deshalb die allgemeine Aufhebungsklausel des §. 12 des Gesetzes

vom 24. September 1851 auch auf die hier streitige Bestimmung des §. 10 der Verordnung von 1830 zu beziehen.

Das staatliche Interesse endlich, welches der Berufungsrichter für die Fortdauer des Rechtsgrundsatzes selber anführt, vermag nicht weiter zu reichen, als sein innerer Grund. Verlangt das öffentliche Interesse, daß die Vereinigung mehrerer Bauernhöfe in einer Hand verhindert wird, so ist die Wahrung dieses Interesses nur Sache der landespolizeilichen Fürsorge, es ist aber nicht geeignet, für einen eventuell Berechtigten einen privatrechtlichen Anspruch und damit eine Einrede gegen die Klage des Anerben auf Nachfolge in das Bauerngut zu begründen.

Vgl. Scholz, Abfindung von deutschen Bauerngütern §. 87 S. 124; Seuffert, Archiv Bd. 29 Nr. 29; Pfeiffer, a. a. O. S. 203. 413 flg.

2. Demungeachtet ist es nicht gerechtfertigt, den Beklagten sofort nach dem Klagantrage zu verurteilen. Der Berufungsrichter legt den §. 1 der von der Mutter des Klägers unter Zustimmung des Vormundes des Letzteren mit dem Beklagten abgeschlossenen Ehepakten vom 17. Januar 1851 dahin aus, daß dem Beklagten an der Grundmühle zu G. für seine Lebenszeit der Nießbrauch habe zugewendet werden sollen und in gültiger Weise zugewendet worden sei. Einen besonderen Anhaltspunkt für diese Vertragsauslegung findet der Vorderrichter darin, daß in §. 2 der Ehepakten Einkindschaft verabredet worden sei und Kläger gewissermaßen als Äquivalent für die ihm hierdurch erwachsenen Vorteile dem Anspruche auf Herauszahlung von 2400 ℳ Vatererbe entsagt habe. Damit widerlegt sich von selbst die von dem Revisionskläger im Anschlusse an die Entscheidungsgründe des Landgerichtes aufgestellte Behauptung, daß der §. 1 des Ehevertrages dem Beklagten nur die Rechte eines Interimswirtes eingeräumt habe.

Jene Interpretation der §§. 1. 2 der Ehepakten ist thatsächlicher Natur und entzieht sich der Nachprüfung in der Revisionsinstanz.... Daß der Verzicht auf das Anerbenrecht stets ausdrücklich erklärt werden müsse, wie Revisionskläger auszuführen sucht, ist unerfindlich. Das Gesetz schreibt nirgends einen ausdrücklichen Verzicht als die allein zulässige Art der Entsagung auf das Anerbenrecht vor; es kommen daher die allgemeinen Rechtsgrundsätze über den Verzicht zur Anwendung.

Hiernach war, unter Aufhebung des Berufungsurteiles und Abänderung des von dem Kläger mit dem Rechtsmittel der Berufung angefochtenen Landgerichtsurteiles, auf Abweisung des erhobenen Anspruches als zur Zeit nicht begründet zu erkennen." ...

---

41. Ist der Geschäftsführer zur Verzinsung eingenommener Kapitalien des Geschäftsherrn verpflichtet?

III. Civilsenat. Urt. v. 18. März 1887 i. S. K. (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. III. 315/86.

I. Landgericht Osnabrück.
II. Oberlandesgericht Celle.

Inhaltlich eines zwischen den streitenden Teilen abgeschlossenen Kaufvertrages vom 10. Juli 1877 hatte Kläger seine Halberbenstelle zu H. dem Beklagten für 15000 ℳ überlassen. Letzterer übertrug dieselbe laut Notariatsurkunde vom 15. März 1879 weiter an den Teilbeerbten A. Th. für den Kaufpreis von 22500 ℳ. Die zuerst erwähnte Summe ist von dem Beklagten an den Kläger und dessen Ehefrau ausbezahlt worden; der Käufer Th. hat die Restkaufsumme von 7500 ℳ am 22. Dezember 1879 an den Beklagten entrichtet. Kläger fordert nunmehr klagend die Herausgabe dieses Restbetrages von dem Beklagten unter der Behauptung, daß der Kaufvertrag vom 10. Juli 1877 nur zum Scheine abgeschlossen worden sei, Beklagter bei dem Weiterverkaufe der Stelle an Th. nur als sein Geschäftsführer gehandelt habe und deshalb zur Erstattung des ohne Rechtsgrund und arglistig eingenommenen und ungeachtet wiederholter Zahlungsaufforderung zurückbehaltenen Restkaufgeldes von 7500 ℳ nebst 5% Zinsen vom Tage des Geldempfanges verpflichtet sei. Der Beklagte hat den Klaganspruch bestritten, ist jedoch nach erfolgter Beweisaufnahme in beiden Vorinstanzen klagegemäß verurteilt worden. Die gegen das Berufungsurteil eingelegte Revision wurde sowohl in der Hauptsache, als Betreffs des Zinsanspruches verworfen, rücksichtlich des letzteren aus folgenden

Gründen:

... „Beklagter erachtet sich dadurch für beschwert, daß er zur Zahlung von 5% Zinsen vom 22. Dezember 1879 an schuldig erkannt

worden sei, während dem Kläger höchstens Prozeßzinsen vom Tage der Klagemitteilung an hätten zugebilligt werden dürfen.

Es ist dem Beklagten darin beizutreten, daß er unter dem Gesichtspunkte des Verzuges in der Ablieferung des eingezogenen Restkaufschillinges zur Zahlung von Zinsen nicht verpflichtet ist, weil der Zeitpunkt des Eintrittes dieses Verzuges nicht festgestellt wurde, und daß ebensowenig von einer Zinsverbindlichkeit wegen Verwendung jener Kaufsumme in den eigenen Nutzen des Beklagten die Rede sein kann, da eine solche Verwendung von dem Kläger nicht behauptet worden ist, die Thatsache allein aber, daß Beklagter das Kaufgeld arglistig für sich eingezogen hat und ohne Rechtsgrund besitzt, den erhobenen Zinsanspruch nicht rechtfertigt. Demungeachtet muß die Revision auch in dieser Beziehung zurückgewiesen worden.

Das Oberlandesgericht geht nämlich in Übereinstimmung mit der ersten Instanz ohne Rechtsirrtum davon aus, daß der Beklagte als Geschäftsführer des Klägers das streitige Restkaufgeld in Empfang genommen und unter sich behalten habe und deshalb mit der Geschäftsführungsklage — actio negotiorum gestorum directa — auf Erstattung von Kapital und Zinsen belangt werden könne. Der Geschäftsführer, welcher Gelder für den Geschäftsherrn einzieht und deren Ablieferung unterläßt, ist, selbst abgesehen von der Verwendung dieser Gelder zu eigenem Vorteile, zur Entrichtung von Zinsen vom Tage der Vereinnahmung an wegen Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt in der Verwaltung des fremden Vermögens schon dann verpflichtet, wenn er die Gelder nicht in gehöriger Weise zinsbar anlegte. Nur die Einreden sind ihm zu gestatten, daß der Geschäftsherr selber solche Gelder nicht verzinslich auszuleihen pflege, oder daß ihm, dem Geschäftsführer, die Gelegenheit zur sofortigen Anlegung des Kapitales gefehlt habe.

Vgl. l. 19 §. 4. l. 37 §. 1 Dig. neg. gest. 3, 5; l. 13 §. 1 Dig. de usur. 22, 1.

Im vorliegenden Falle hat Beklagter gegen seine Zinspflicht in erster Instanz überhaupt keinen Einwand erhoben und in dem schriftlichen Berufungsantrage vom 20. Juni 1885 auf die Bemerkung sich beschränkt: „daß auch der Zinsanspruch nicht begründet sei". Ob Beklagter in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte seine Verurteilung zum Zinsanspruche eventuell zum Gegenstande einer Beschwerde

gemacht hat, geht weder aus dem Sitzungsprotokolle, noch aus dem Thatbestande des zweiten Urteiles hervor. Aber auch wenn dies der Fall wäre oder wenn man den Antrag auf Aberkennung des Zinsanspruches als in der allgemeinen Sachbitte um Abweisung der Klage von selbst enthalten ansehen wollte, so würde doch Beklagter mit der nackten Behauptung, daß der Zinsanspruch nicht gerechtfertigt sei, umsoweniger zu hören gewesen sein, als das von ihm für den Kläger eingezogene Kaufgeld, solange es bei dem Käufer Th. ausstand, von diesem gesetzlich mit 5% zu verzinsen war."

---

42. 1. Hausgesetze des deutschen hohen Adels; bildet die Bestätigung derselben durch den Kaiser eine Voraussetzung ihrer Gültigkeit? Auslegung derselben.

2. Folgt aus der Anordnung der Succession nach dem Primogeniturrechte die Unteilbarkeit und Unveräußerlichkeit der Herrschaften?

3. Muß bei der Stiftung eines Familienfideikommisses die Unveräußerlichkeit ausdrücklich ausgesprochen werden?

4. Bedeutung der eventuellen Berufung der Kognaten nach dem Aussterben des Mannsstammes zur Succession in ein Familienfideikommiß?

5. Welche Bedeutung und Wirkung hat die Zahlung von Abfindungen an die nachgeborenen Geschwister des zur Succession berufenen Erstgebarenen auf deren Successionsrechte?

6. Verliert das eine Mißheirat eingehende Mitglied einer Familie des hohen Adels seine Successionsrechte? Können dieselben ihm durch hausgesetzliche Bestimmungen entzogen werden?

7. Tritt im Falle der Succession der Kognaten nach dem Erlöschen des Mannsstammes der Vorzug des Mannsstammes wieder hervor?

III. Civilsenat. Urt. v. 19. April 1887 i. S. Sr. Hoheit des Herzogs Georg Ludwig von Oldenburg (Bekl.) w. Se. Durchlaucht den Fürsten von Waldeck u. Pyrmont (Kl.). Rep. III. 80/85.

I. Landgericht Limburg.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a./M.

Der vom Kaiser Ferdinand III. zum Grafen von Holzappel ernannte General Melander war Besitzer der reichsfreien Grafschaft Holzappel. Derselbe, bezw. seine Gemahlin, geb. Freiin von Effern, erwarben dazu die Herrschaften Laurenburg und Schaumburg. Die Grafschaft Holzappel und die Herrschaften Laurenburg und Schaumburg gingen auf die einzige Tochter und Erbin des Grafen von Holzappel, die Gräfin Elisabeth Charlotte, über, welche mit dem Fürsten Adolf von Nassau-Dillenburg vermählt war. Aus dieser Ehe entsprangen drei Töchter. Die jüngste derselben, Charlotte, vermählte sich 1692 mit dem Fürsten Lebrecht von Anhalt-Bernburg, dem zweiten Sohne des Fürsten Viktor Amadeus von Anhalt-Bernburg. Durch den bei der Verlobung am 1./11. September 1690 errichteten Ehe- und Erbvertrag übertrug die verwitwete Fürstin Elisabeth Charlotte ihrer Tochter Charlotte die Grafschaft Holzappel ꝛc zum Eigentum und traf in demselben zugleich Anordnung über die Succession in diese Lande. Die Fürstin Charlotte und Prinz Lebrecht wurden Gründer des zum deutschen hohen Adel gehörigen Hauses Anhalt-Bernburg-Schaumburg. Nach dem Tode der Prinzeß Charlotte vererbten die Herrschaften im Mannsstamme des Hauses Anhalt-Bernburg-Schaumburg bis zu dem 1812 eintretenden Erlöschen des Mannsstammes in Gemäßheit der Ehepakten von 1690 und der späteren Hausgesetze nach dem Primogeniturrechte, indem stets der älteste Sohn des Besitzers zur Succession gelangte. Der letzte Fürst, Viktor Karl Friedrich, hinterließ vier Töchter, keine Söhne. Nachdem bereits im Jahre 1811 der Onkel des Fürsten Viktor, der kinderlose Fürst Friedrich Ludwig Adolf, welcher jedoch erst nach dem Fürsten Viktor verstarb, zu Gunsten der Töchter des Fürsten Viktor, und namentlich der ältesten derselben, der Prinzeß Hermine, auf sein Successionsrecht verzichtet hatte, ging der Besitz der Herrschaften auf diese über. Dieselbe vermählte sich 1815 mit dem Erzherzoge Joseph Anton von Österreich, Palatinus von Ungarn. Die zweite Tochter des Fürsten Viktor, Prinzeß Adelheid, war vermählt mit dem Großherzoge Paul Friedrich von Oldenburg; die dritte, Prinzeß Emma, mit dem Fürsten von Waldeck-Pyrmont; die vierte, Prinzeß Ida, mit dem Großherzoge Paul Friedrich von Oldenburg, dessen erste Gemahlin 1820 verstorben war. Nach dem 1817 erfolgten Tode der Erzherzogin Hermine gingen die Herrschaften auf ihren Sohn, den Erzherzog Stephan Franz Viktor, über. Derselbe starb 1867 kinderlos und hatte in seinem

Testamente vom 20. Juni 1859 den Herrn Beklagten, den Herzog Georg Ludwig von Oldenburg, zum Erben eingesetzt. Aus der Linie der 1820 verstorbenen Prinzeß Adelheid, Großherzogin von Oldenburg, waren nur zwei Töchter vorhanden, von denen die älteste, Marie Friederike Amalie, Königin von Griechenland, am 20. Mai 1875 kinderlos verstorben, die zweite, Prinzeß Elisabeth Marie Friederike, mit dem Baron Washington vermählt ist. Aus der Ehe der dritten Tochter, Prinzeß Emma, verstorben 1858, stammen der Herr Kläger, Fürst Georg Viktor von Waldeck und Pyrmont, und zwei ältere Schwestern. — Der Herr Beklagte ist ein Enkelsohn der Prinzessin Ida. Der letztere trat auf Grund des Testamentes des Erzherzogs Stephan die Erbschaft an und wurde als Eigentümer der gedachten Grafschaft und Herrschaften in den Stockbüchern eingetragen. Der Herr Kläger focht in der im Jahre 1876 eingereichten Klage die Rechtsgültigkeit dieses Erwerbes an, indem er behauptete, daß die Herrschaften nicht freies Eigentum des Erzherzogs Stephan gewesen seien, sondern ein nach dem deutschen Privatfürstenrechte und nach den hausgesetzlichen Bestimmungen der Fürstlich anhalt-bernburg-schaumburgschen Familie nach der Primogeniturordnung unter Vorzug des Mannsstammes vererbliches Stammgut dieser Familie bildeten, sowie daß ihm nach dieser Successionsordnung das Successionsrecht zustehe. Er forderte klagend die Anerkennung dieser Eigenschaft der Güter und deren Herausgabe. Der Herr Beklagte bestritt, daß die fraglichen Herrschaften ein unveräußerliches Fideikommiß der anhalt-bernburg-schaumburgschen Familie überhaupt gebildet haben, behauptete, daß jedenfalls mit dem Erlöschen des Mannsstammes in der Hand der Kognatin, der Prinzeß Hermine, die Herrschaften freies Eigentum geworden und als solches auf deren Sohn, den Erzherzog Stephan, übergegangen seien, welcher daher gültig testamentarisch über dieselben zu Gunsten des Herrn Beklagten habe verfügen können. — Der Streit der Parteien dreht sich hauptsächlich darum, ob die Grafschaft Holzappel ꝛc nach einem allgemeinen Standesgewohnheitsrechte des deutschen hohen Adels oder nach den Hausgesetzen des anhalt-bernburg-schaumburgschen Hauses ein unveräußerliches Stammgut oder Familienfideikommiß bilde; welche Bestimmungen nach den Hausgesetzen für die Succession gelten, insbesondere ob für den Fall des Aussterbens des Mannsstammes die Kognaten zur Nachfolge berufen seien; welche rechtliche Wirkung der bei der Succession der Prin-

zeß Hermine den drei jüngeren Schwestern gezahlten Abfindung bezüglich des Succeſſionsrechtes derſelben beizulegen ſei, und ob die Prinzeß Adelheid durch ihre Vermählung mit dem Baron Waſhington ihr Succeſſionsrecht verloren habe.

Das Landgericht zu Limburg wies die Klage ab. Dasſelbe nahm zwar an, daß nach den anhalt-bernburg-ſchaumburgſchen Hausgeſetzen ein immerwährendes Familienfideikommiß mit der Grafſchaft Holzappel ꝛc geſtiftet, deren Unveräußerlichkeit für die geſamte Linie der Prinzeß Charlotte angeordnet ſei, war jedoch der Anſicht, daß für die im Falle des Erlöſchens des Mannsſtammes zur Succeſſion berufenenen Kognaten die Unveräußerlichkeit und die Succeſſion nach dem Primogeniturrechte allgemein nicht angeordnet, in der Hand der erſten zur Succeſſion gelangenden Kognatin die Herrſchaften vielmehr wieder frei veräußerlich geworden ſeien. Das Oberlandesgericht erkannte dagegen auf die Appellation des Herrn Klägers nach dem Klagantrage, indem es annahm, daß die Unveräußerlichkeit des Landes und die Succeſſion nach dem Primogeniturrechte ſowohl für den Mannsſtamm, wie für den eventuell berufenen Weiberſtamm angeordnet und auch im übrigen der Klaganſpruch begründet ſei.

In der Reviſionsinſtanz iſt das Urteil des Oberlandesgerichtes beſtätigt worden.

Über die oben bezeichneten Fragen heißt es in den

Gründen:

... „Für die Entſcheidung des vorliegenden Rechtsſtreites kommt es zunächſt auf die Beantwortung der Frage an, ob, wie der Herr Kläger behauptet, der Herr Beklagte beſtreitet, die Grafſchaft Holzappel und die Herrſchaften Schaumburg und Laurenburg entweder nach einem allgemeinen Standesgewohnheitsrechte des deutſchen hohen Adels oder nach den Hausgeſetzen des Fürſtlich anhalt-bernburg-ſchaumburgſchen Hauſes ein unveräußerliches Stammgut oder Familienfideikommiß bilden, und welche Vorſchriften nach den gedachten Hausgeſetzen für die Succeſſion in der Grafſchaft Holzappel ꝛc gelten.

Da der Anſicht des Landgerichtes zu Limburg und des Oberlandesgerichtes zu Frankfurt a. M., daß nach den anhalt-bernburg-ſchaumburgſchen Hausgeſetzen die fraglichen Herrſchaften ein mit Fideikommiß belegtes Stammgut des anhalt-bernburg-ſchaumburgſchen Hauſes bilden, welches nach der Primogeniturordnung zunächſt im

Mannsstamme zu vererben ist, beizutreten ist, die Unveräußerlichkeit der fraglichen Herrschaften also aus den Hausgesetzen sich ergiebt, so kann die unter den Parteien streitige Frage, ob nach einem Standesgewohnheitsrechte die Familie des deutschen hohen Adels eine korporative Genossenschaft, eine juristische Person bilde, und ob das Familiengut, die im Hause in Erbgang gekommenen Güter, Eigentum dieser Korporation sei, sowie welche Bedeutung die Bejahung dieser Frage für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites haben würde, dahingestellt bleiben.

Handelt es sich daher um die Feststellung, welche hausgesetzliche Normen in dem fürstlich anhalt-bernburg-schaumburgschen Hause bezüglich der hervorgehobenen Punkte in betreff der in Streit befangenen Herrschaften gelten, so kann es zunächst einem Zweifel nicht unterliegen, daß sowohl die Ehepakten vom 1./11. September 1690, wie die weiter von dem Herrn Kläger in Bezug genommenen und vorgelegten Verträge und letztwilligen Dispositionen, mit Ausnahme des Erbverzichtes des Fürsten Friedrich Ludwig Adolf vom 2. Dezember 1811, die Bedeutung hausgesetzlicher Anordnungen haben. Familienverträge und Testamente waren die gewöhnlichen und üblichen Formen autonomischer Festsetzungen in den Familien des deutschen hohen Adels. Daß denselben zum Teil die Genehmigung oder Bestätigung des Kaisers nicht erteilt ist, steht ihrer Gültigkeit und Wirksamkeit als Hausgesetze nicht entgegen. Als Bedingung oder Voraussetzung der Gültigkeit der getroffenen Anordnungen ist sie in den betreffenden Urkunden nicht hingestellt, wenn auch den Beteiligten vorbehalten ist, die kaiserliche Bestätigung einzuholen. Als eine allgemeine Voraussetzung der Gültigkeit hausgesetzlicher Anordnungen kann aber nach dem deutschen Staatsrechte die kaiserliche Genehmigung nicht angesehen werden, wenngleich sie sehr häufig behufs größerer Sicherung der getroffenen Anordnungen eingeholt zu werden pflegte.[1] ...

Für die zu entscheidende Frage kommt es vor allem darauf an, wie die in den Ehepakten vom 1./11. September 1690 enthaltenen Anordnungen und Bestimmungen aufzufassen sind. ...

---

[1] Beseler, Deutsches Privatrecht (4. Aufl.) S. 795; Schulze, Recht der Erstgeburt S. 365 und die dort Angeführten; Klüber, Abhandlungen Bd. 1 S. 86. D. E.

Bei der Auslegung der Ehepakten von 1690 und der späteren hausgesetzlichen Bestimmungen ist, wie der Appellationsrichter mit Recht hervorhebt, zu beachten, daß es nicht um die Auslegung einer Stiftungsurkunde eines gewöhnlichen Familienfideikommisses, sondern um die Auslegung der Hausgesetze einer hochadeligen Familie, um die Feststellung der Bedeutung der in ihnen nicht bloß über die Erbfolge in die Güter, sondern auch über die Succession in die Regierung, in Land und Leute, enthaltenen Bestimmungen sich handelt. Die in derartigen Hausgesetzen enthaltenen Vorschriften über das Güterrecht und die Erbfolge sind nicht lediglich nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, sondern es sind dabei zugleich staatsrechtliche Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen, welche sich daraus ergeben, daß neben der Erbfolge in das Privatvermögen die Succession in Land und Leute geregelt wird. Die gegen diesen bei der Interpretation der vorliegenden Hausgesetze eingenommenen Standpunkt von dem Herrn Revidenten erhobenen Einwendungen können für begründet nicht erachtet werden. Wenn gegen die Berücksichtigung des Umstandes, daß es sich um die Ordnung der Nachfolge in einem regierenden deutschen Fürstenhause gehandelt habe und der geschichtlichen Entwickelung der Verhältnisse, namentlich der Succession in diesen Fürstenhäusern während des 16. und 17. Jahrhundertes, geltend gemacht wird, die Grafschaft Holzappel und die Herrschaften Schaumburg und Laurenburg hätten zu jenen kleinen und kleinsten reichsunmittelbaren Territorien gehört, deren es im 16. und 17. Jahrhundert eine sehr große Zahl in Deutschland gegeben habe, die Grafschaft Holzappel habe nur einen Mann zu Roß und einen Mann zu Fuß zum Reichsheere gestellt und keine Stimme auf dem Reichstage gehabt, und daraus die Folgerung gezogen wird, daß bei solcher Enge der Verhältnisse andere als gutsherrliche Gesichtspunkte keinen Raum hätten, indem die Grafschaft Holzappel nie einen selbständigen Staat gebildet, über die Stellung einer Gutsherrschaft nicht hinausgekommen sei, und deshalb die in den Hausgesetzen des anhalt-bernburg-schaumburgschen Hauses enthaltenen Bestimmungen, namentlich über die Succession in die Besitzungen lediglich nach privatrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden könnten und dürften, folgeweise die von dem Appellationsgerichte unter Bezugnahme auf staatsrechtliche Erwägungen angenommene Auslegung hinfällig sei, so können diese Ausführungen für zutreffend nicht anerkannt werden. Wenn auch die Grafschaft

Holzappel ꝛc nur eines jener vielen kleinen reichsunmittelbaren Territorien war, welche in Deutschland im 16. und 17. Jahrhunderte bestanden, und nicht geeignet, „Staatsaufgaben" nach heutiger oder neuerer Auffassung zu lösen, und wenn es auch bei der Succession in die Lande nicht um „eine Thronfolge" sich handelte, so haben doch auch die Besitzer jener kleinen, reichsunmittelbaren Territorien, die jetzt standesherrlichen, teils fürstlichen, teils gräflichen Geschlechter, zu denen das fürstlich anhalt-bernburg-schaumburgsche Haus gehört, ebenso wie die Besitzer der größeren und großen deutschen Territorien bis zum Anfange dieses Jahrhunderts die Landeshoheit besessen, und ihre Territorien haben bis dahin dieselben Stadien der staatsrechtlichen Entwickelung durchlaufen, wie die gegenwärtig noch bestehenden deutschen Staaten.

„Bis zum Jahre 1806 bildeten die reichsständischen Familien im Deutschen Reiche einen geschlossenen Geburtsstand, den hohen Adel deutscher Nation, welchem ebensowohl staatsrechtliche Prärogative, als besonderes Erb- und Familienrecht, das sog. Privatfürstenrecht, zukamen. Rangunterschiede und Machtverhältnisse machten dabei keine Unterschiede. Das kleinste Grafengeschlecht mit Landeshoheit und Reichsstandschaft stand in dieser Beziehung dem mächtigsten Kurhause vollständig gleich."

Schulze, Das deutsche Fürstenrecht in v. Holtzendorff's Encyklopädie Bd. 1 S. 1266; Recht der Erstgeburt S. 451.

Die in den älteren Hausgesetzen der jetzt standesherrlichen Familien enthaltenen Bestimmungen über die Succession sind daher nicht lediglich unter privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Daß aber die Fürsten von Anhalt-Bernburg-Schaumburg, um deren Hausgesetze es sich handelt, sich keineswegs nur als Gutsherren betrachtet und geriert haben, sondern als Landesherren, geht aus der Form und dem Inhalte der Hausgesetze, sowie aus dem Erbhuldigungsprotokolle von 1692 bestimmt hervor, und ergiebt sich ferner aus den Organisationsbeschlüssen, betreffend die Regelung der Rechtsverhältnisse der nunmehr mediatisierten anhalt-bernburg-schaumburgschen Familie und der Grafschaft Holzappel ꝛc aus dem Jahre 1810.

Wenn aber weiter in der Revisionsschrift darauf hingewiesen wird, daß das Hochadelsgeschlecht, um welches es sich handele, seit dem Jahre 1806 aufgehört habe zu regieren, daß dasselbe seitdem die Reichsunmittelbarkeit und die Reichsstandschaft verloren habe, daß die vor-

mals von ihm regierten Lande und deren Besitzer seitdem in den Territorial- und Unterthanenverband des Herzogtums Nassau, an dessen Stelle später das Königreich Preußen getreten, gelangt seien, so erscheinen diese Thatsachen für die Frage, von welchen Gesichtspunkten bei der Auslegung der Hausgesetze des Hauses Anhalt-Bernburg-Schaumburg auszugehen sei, bedeutungslos. Denn es handelt sich um die Frage, welche Rechtsverhältnisse bezüglich der Grafschaft Holzappel ꝛc durch die alten Hausgesetze, namentlich in betreff der Succession in dieselben getroffen sind, und für diese Frage sind, sofern jene Hausgesetze noch gültig und maßgebend sind, diejenigen Verhältnisse in Betracht zu ziehen, welche zur Zeit ihres Erlasses bestanden. . . .

Hält man sich bei der Auslegung der Hausgesetze und namentlich der Ehepakten von 1690 nicht lediglich an die Worte, sondern zieht man, wie es geschehen muß, die Verhältnisse mit in Betracht, unter denen dieselben abgeschlossen wurden, sowie die Zwecke, welche die Vertragschließenden verfolgten, so erscheint die Auffassung, von welcher der Herr Beklagte ausgeht, nicht zutreffend, vielmehr diejenige des Appellationsgerichtes gerechtfertigt. Es ist zunächst zu beachten, daß zur Zeit des Abschlusses der Ehepakten, also gegen Ende des 17. Jahrhunderts, infolge der Erkenntnis der großen Gefahren, welche für die Macht, den fürstlichen Familienglanz und die Bedeutung der Fürstenhäuser durch das in Deutschland zur Geltung gelangte privatrechtliche Teilungssystem der Territorien herbeigeführt wurden, eine allgemeine Reaktion gegen dieses privatrechtliche Teilungsprinzip in den deutschen Fürstenhäusern entstanden war, daß man, wenngleich nach langen und schweren Kämpfen, zu dem alten Prinzipe der Unteilbarkeit der Territorien und der Individualsuccession zurückkehrte, und daß man namentlich am Ende des 17. Jahrhunderts in den Familien des deutschen hohen Adels allgemein bestrebt war, Primogeniturordnungen zu erlassen, welche die Unteilbarkeit des Landes und seiner Regierung und die reine Linealfolge mit Repräsentation aller Deszendenten im Mannsstamme festsetzten.

Vgl. Schulze, Recht der Erstgeburt,. namentlich S. 9 flg. 120. 228 flg. 310 flg. 344; Derselbe, Deutsches Fürstenrecht in v. Holtzendorff's Encyklopädie Bd. 1 S. 1264; Heffter, Sonderrechte der souveränen ꝛc Häuser Deutschlands S. 203 flg.; Bluntschli, Staatswörterbuch Bd. 1 S. 611 flg. 174 flg.

Es ist ferner hervorzuheben, daß die Ehepakten von 1690 abgeschlossen wurden zwischen dem Fürsten Viktor Amadeus von Anhalt-Bernburg und der Fürstin Elisabeth Charlotte von Nassau in Anlaß der Verbindung des nachgeborenen Sohnes des ersteren, des Prinzen Lebrecht, mit der Tochter der letzteren, der Prinzeß Charlotte von Nassau. Daß der Fürst Viktor Amadeus von der in jener Zeit in den Häusern des deutschen hohen Adels herrschenden Überzeugung der Notwendigkeit der Unteilbarkeit der Territorien und der Individualsuccession erfüllt war, kann einem Zweifel nicht unterliegen, da derselbe „zur Verhütung gänzlichen Ruines der fürstlichen bernburgschen Linie" nicht allein in seinem Hause mit kaiserlicher Genehmigung das Primogeniturrecht eingeführt, sondern auch mit seinen Vettern, den Fürsten von Anhalt, dieses pazisziert hatte. Es darf daher angenommen werden, daß der Fürst Viktor Amadeus, als es sich darum handelte, seinem durch das Primogeniturrecht in Anhalt-Bernburg ausgeschlossenen Sohne Lebrecht durch die Vermählung mit der Prinzeß Charlotte eine landesherrliche Stellung zu verschaffen, auch von diesen Anschauungen getragen, daß er bemüht gewesen sein wird, die der Prinzeß Charlotte von ihrer Mutter übertragenen schaumburgschen Lande seinem Sohne und dessen Linie dauernd zu erhalten. Daß aber auch die Fürstin Elisabeth Charlotte den Willen gehabt und zum Ausdrucke gebracht hat, die Unteilbarkeit und Unveräußerlichkeit der Lande und die Succession nach Primogeniturrecht unter Vorzug des Mannsstammes hausgesetzlich festzustellen, ergiebt der Inhalt der Ehepakten.

Den Vorderrichtern ist darin beizutreten, daß wenn in den Ehepakten von 1690 für die Grafschaft Holzappel ꝛc die Individualsuccession nach dem Rechte der Erstgeburt für den gesamten Mannsstamm vorgeschrieben sei, damit zugleich die Unteilbarkeit und Unveräußerlichkeit der Lande angeordnet, oder, wie die Vorderrichter sich ausdrücken, ein mit Anwärterrechten, mit Fideikommiß belegtes Stammgut geschaffen sei, sodaß es also darum sich handelt, ob durch die Ehepakten eine solche Succession nach dem Rechte der Erstgeburt festgesetzt sei. Die gegen diese Annahme von dem Herrn Revidenten erhobenen Einwendungen erscheinen nicht begründet. Zunächst ist es nicht richtig, daß die Anordnung der Unveräußerlichkeit der Lande auch bei dem hohen Adel nur durch privatrechtliche Familienfideikommißstiftung möglich sei. Die Familien des hohen Adels können vielmehr durch Familienverträge und

Statuten die Unveräußerlichkeit der Territorien begründen, ohne daß alle Voraussetzungen und Formen der Stiftung eines Familienfideikommisses gegeben sind, es konnte dieses namentlich durch Festsetzung einer Successionsordnung geschehen, welche mit Notwendigkeit die Unteilbarkeit und Unveräußerlichkeit zur Voraussetzung hat. Aber auch bei der Familienfideikommißstiftung braucht das Verbot der Veräußerung nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, und es kann daher daraus, daß ein solches ausdrückliches Verbot in den Ehepakten von 1690 sich nicht findet, nicht mit dem Vertreter des Herrn Revidenten gefolgert werden, daß, selbst wenn angenommen werden sollte, es sei in den Ehepakten von 1690 eine über den Kreis der Kinder des Prinzen Lebrecht und der Prinzeß Charlotte hinausreichende Primogeniturordnung vorgeschrieben, die Stiftung eines Fideikommisses in den Ehepakten nicht enthalten sei.

Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 554 flg.; Roth, Deutsches Privatrecht Bd. 3 S. 758; Wippermann, Kleine Schriften Bd. 1 S. 57; Lewis, Die Lehre von den Familienfideikommissen S. 95 flg. 222; Knipschildt, De fideicom. VI. 90. 169; IX. 109; X. 1. 5.

Wollte man aber auch Bedenken tragen, aus der Anordnung der Erbfolge nach dem Rechte der Erstgeburt die Unveräußerlichkeit der Güter generell zu folgern, so würde doch in Fällen der vorliegenden Art, in denen es sich um die hausgesetzlichen Bestimmungen über die Succession in Land und Leute, in die Regierung eines selbständigen Territoriums handelt, bei der Einführung der Succession nach Primogeniturrecht, jene Schlußfolgerung anzuerkennen sein, weil der Zweck der Einführung der Succession nach Primogenitur dahin geht, im Interesse nicht bloß der Familie, sondern auch der Unterthanen die Regierung und das Territorium ungeteilt und ungeschmälert der Familie bis zu ihrem Aussterben zu erhalten." ...

(Es folgt die Ausführung, daß in den Ehepakten von 1690 der gesamte Mannsstamm nach dem Rechte der Erstgeburt zur Succession in der Grafschaft Holzappel ꝛc berufen sei.)

„Nun muß zugegeben werden, daß, wenn auch die bezeichnete Absicht (nämlich zur Erhaltung des Ansehens und Glanzes der neu zu gründenden hochadeligen Familie, sowie im Interesse der Unterthanen, die Unteilbarkeit und Unveräußerlichkeit der Lande dauernd zu sichern und zu diesem

Zwecke die Succession nach dem Primogeniturrechte mindestens für die Dauer des Bestehens des Mannsstammes anzuordnen) bei den Vertragschließenden nach Lage der Sache angenommen werden muß, auf dieselbe bei Auslegung der Ehepakten von 1690 und bei der Feststellung der Bedeutung der in ihnen getroffenen Anordnungen entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden dürfte, wenn sie nicht zum erkennbaren Ausdrucke gebracht wäre. Allein es ist den Vorderrichtern darin beizutreten, daß in den Ehepakten die Absicht, nicht lediglich die Succession für den ersten Successionsfall zu regeln, sondern eine Successionsordnung für die gesamte Deszendenz der Prinzeß Charlotte und des Prinzen Lebrecht zu bestimmen, genügend zum Ausdrucke gekommen sei. Mit Recht hebt der Appellationsrichter unter Bezugnahme auf die Aussprüche einer Reihe von Schriftstellern hervor, daß bei der Succession nach Primogenitur ein Repräsentationsrecht stattfindet, daß der Ausdruck „primogenitus" von selbst dessen Deszendenz, dessen gesamte Linie mit begreift. Die Succession nach Primogenitur ist die Succession der erstgeborenen Linie: „illa primogeniturae est natura, sagt Knipschildt in seinem tractatus de fideicom. familiarum nobilium cap. VI. 268, ut de linea in lineam progrediatur, ita ut quotiescunque bona primogeniturae affecta lineam unius ex vocatis ingressa fuerint, secundogeniti vel alterius linea non admittatur, nisi omnibus prioris lineae deficientibus et tota linea ingressi finita.... Transit enim primogenitura de primogenito in primogenitum, sive de linea in lineam, et primogeniti appellatione omnes illius descendentes in infinitum continentur."

Es kann dem Vertreter des Herrn Revidenten zugegeben werden, daß man nicht lediglich aus der Berufung des Primogenitus zur Succession, aus der Bezeichnung des Nachfolgers als „primogenitus" folgern dürfe, daß nicht bloß dieser, sondern auch seine gesamte Deszendenz, seine ganze Linie zur Nachfolge nach den Regeln der Primogenitur berufen sein solle, daß aus der Berufung des Primogenitus allein nicht ohne weiteres die Einführung der Primogenitur folgt. Dagegen folgt aber aus der Einführung der Succession nach der Primogenitur, daß nicht bloß der zunächst Berufene, sondern seine gesamte Deszendenz mit berufen sei. Nun folgert aber das Appellationsgericht keineswegs allein daraus, daß in §. 5 der Ehepakten von 1690, falls beim Tode der Prinzeß Charlotte mehrere Söhne vorhanden sein sollten, „der

Primogenitus oder der Erstgeborene allein" die Grafschaft Holzappel ꝛc erhalten soll, daß die gesamte Linie desselben mit berufen sei, sondern es folgert und mit Recht aus einer Reihe von Momenten, daß in den Ehepakten die Succession nach dem Primogeniturrechte eingeführt sei, daß in denselben der Ausdruck „Primogenitus" im Sinne der erstgeborenen Linie, also die Deszendenz mitbegreifend gebraucht sei."...

Nachdem sodann ausgeführt, daß die späteren Hausgesetze diese Auslegung der Ehepakten bestätigen, heißt es weiter:

„Es ergiebt sich hieraus, daß durch die anhalt-bernburg-schaumburgschen Hausgesetze nicht lediglich ein fideicommissum temporarium gestiftet und die Succession nach dem Primogeniturrechte nur für den ersten Successionsfall angeordnet ist, sondern daß in ihnen die Absicht der Vertragschließenden und Disponenten, die Grafschaft Holzappel und die Herrschaften Laurenburg und Schaumburg dauernd dem anhalt-bernburg-schaumburgschen Hause zu erhalten und dieselben, für den einzelnen Inhaber unveräußerlich, von Geschlecht zu Geschlecht nach dem Primogeniturrechte, unter Vorzug des Mannsstammes, zu vererben, zum Ausdrucke gelangt ist. Diese Auffassung der Hausgesetze ist auch in der Familie bis zum Aussterben des Mannsstammes die herrschende gewesen und dadurch zur Geltung gelangt, daß in den vorgekommenen Successionsfällen der älteste Sohn in die Lande allein succediert ist, und die nachgeborenen Söhne und Töchter die in den Hausgesetzen bestimmten Apanagen und Abfindungen erhalten haben.

Es ist aber dem Appellationsgerichte auch darin beizustimmen, daß durch die Hausgesetze für den Fall des Aussterbens des Mannsstammes auch der Weiberstamm zur Nachfolge in die Grafschaft Holzappel ꝛc berufen ist, nicht, wie der Herr Revident vermeint, in der Hand der ersten nach dem Aussterben des Mannsstammes zur Succession gelangten Kognatin die Lande die Fideikommißeigenschaft verlieren und freies Eigentum derselben werden.

Richtig ist, wie von dem Vertreter des Herrn Revidenten geltend gemacht wird, daß Stammgüter und Familienfideikommisse ihrer regelmäßigen Gestaltung nach nur auf den Mannsstamm vererben, in der Hand des letzten Besitzers vom Mannsstamme die Eigenschaft als Stammgut oder Familienfideikommiß aufhört, daß die Weiber von der Succession in diese Güter ausgeschlossen sind, weil der Zweck des Familienfideikommisses darin besteht, bestimmte Güter zur Wahrung

des Glanzes und Ansehens der Familie dauernd in dieser zu erhalten, daß unter der Familie die agnatische Familie, d. h. der Inbegriff der männlichen, durch Männer von dem gemeinschaftlichen Stammvater abstammenden Verwandten, verstanden wird. Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob das Fideikommiß von einem Manne, oder, wie im vorliegenden Falle, von einer Frau gestiftet ist. Ebenso gewiß ist es aber, daß der Stifter nach dem Erlöschen des Mannsstammes auch die Kognaten zur Succession in das Famlienfideikommiß berufen kann, sowie daß durch hausgesetzliche Bestimmungen, abweichend von der Regel, auch die Kognaten zur Succession in das Stammgut des hohen Adels berufen werden können. Wenn aber der Vertreter des Herrn Revidenten ausführt, in dem letzteren Falle spreche die Vermutung dafür, daß in der Erbtochter das Fideikommiß erlösche, denn durch die kognatische Succession habe die agnatisch-fideikommissarische ihr Ende erreicht, von einem späteren Wiederaufleben der letzteren sei keine Rede, dem Stifter habe die vollkommen naturwidrige Idee einer künstlichen Fortpflanzung der natürlichen Familie fern gelegen, so kann diese Ausführung für zutreffend nicht erachtet werden. In Beziehung auf die Frage, welche rechtliche Bedeutung und Folge es hat, wenn der Stifter eines Familienfideikommisses die Anordnung getroffen hat, daß das Fideikommiß nach dem Erlöschen des Mannsstammes an die weiblichen Nachkommen fallen solle, ohne weitere Verfügungen über die Succession zu geben, ist es allerdings streitig, ob dieses als eine Berufung der Kognaten zur Succession in das Fideikommiß als solches anzusehen, oder ob darin nur eine fideikommissarische Substitution zu erblicken sei, infolge deren zwar die Fideikommißgüter auf die weiblichen Nachkommen übergehen, der letzte Besitzer vom Mannsstamme also nicht frei darüber verfügen kann, der Übergang jedoch mit Allodialeigenschaft nach den Grundsätzen des Civilrechtes erfolgt.

Vgl. v. Dalwigk, Erbrecht Bd. 3 S. 57; v. Salza und Lichtenau, Die Lehre von den Fideikommissen S. 117; Lewis, Die Lehre von den Familienfideikommissen S. 402.

Muß schon bei den gewöhnlichen Familienfideikommissen der ersteren Ansicht der Vorzug gegeben werden, da nicht abzusehen ist, zu welchem Zwecke der Stifter des Fideikommisses dem letzten vom Mannsstamme die Verfügung über das Fideikommißvermögen entzogen haben sollte, um sie der nächsten Intestaterbin desselben zu überlassen, vielmehr diese

Anordnung des Stifters, die Berufung der Kognaten zur Succession, nur dann einen vernünftigen Sinn hat, wenn er durch das Fideikommißvermögen nach dem Erlöschen des Mannsstammes denselben Zweck erreichen wollte, wie durch die Fideikommißstiftung überhaupt, und daher in der Bestimmung, daß das Fideikommiß nach dem Erlöschen des Mannsstammes auf die Kognaten übergehen solle, eine Ausdehnung des Fideikommißverbandes auf die Kognaten zu finden sei, falls nicht bestimmte Gründe vorliegen, welche eine solche Absicht des Stifters ausschließen, so greifen diese Erwägungen noch umsomehr Platz, wenn, wie im vorliegenden Falle, nicht lediglich zum Zwecke der Erhaltung des Ansehens und Glanzes der Familie, sondern zugleich behufs Verhütung der schädlichen Teilung und Zersplitterung eines landesherrlichen Territoriums, die Succession nach dem Primogeniturrechte und die Unveräußerlichkeit der Lande hausgesetzlich angeordnet ist.

Vgl. Kohler, Privatfürstenrecht S. 296.

Geht man davon aus, daß nach den maßgebenden Hausgesetzen zur Succession in die Grafschaft Holzappel ꝛc der gesamte Mannsstamm der Prinzeß Charlotte und des Prinzen Lebrecht nach dem Rechte der Erstgeburt berufen, „unter den Söhnen und Töchtern", „den Leibeserben" nicht lediglich die Deszendenten ersten Grades zu verstehen seien, so kann es einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß nach dem Aussterben des Mannsstammes zur Nachfolge in das Fideikommiß oder Stammgut der Weiberstamm, die Kognaten in ihrer Gesamtheit, nicht bloß die Töchter des letzten Besitzers berufen sind, daß nicht lediglich eine fideikommissarische Substitution für den ersten Fall der Kognatensuccession angeordnet sei." ...

(Es wird dieses näher ausgeführt.)

„Es kann bei dieser Auffassung der in den Hausgesetzen über die Succession des Weiberstammes nach dem Erlöschen des Mannsstammes enthaltenen Vorschriften dahingestellt bleiben, ob die Ansicht, daß für die Familienfideikommisse überhaupt oder wenigstens für die Fälle der Succession in die Regierung eines selbständigen Territoriums, die Primogenitur, wenn sie einmal hausverfassungsmäßig feststeht, auch ohne besondere ausdrückliche Bestimmungen ebenso gut auf die Succession der Kognaten, wie die der Agnaten bezogen werden müsse, sofern nach dem Erlöschen des Mannsstammes ein Übergang auf die Kognaten stattfindet, begründet ist.

Vgl. Zachariä, Staatsrecht Bd. 1 §. 73 L; Zöpfl, Staatsrecht Bd. 1 §. 283; Weber, Lehnrecht, Bd. 4 §. 35; Schulze, Recht der Erstgeburt S. 398; Lewis, Lehre von den Familienfideikommissen S. 393.

Die nach dem Tode des letzten regierenden Herrn, des Fürsten Viktor Carl Friedrich, infolge des Verzichtes des Prinzen Friedrich Ludwig Adolf auf Grund dieser Hausgesetze zur Succession in die Grafschaft Holzappel ꝛc gelangte älteste Tochter desselben, die Prinzeß Hermine, hat diese Lande daher nicht als freies, ihrer Disposition unterliegendes Eigentum, sondern als Fideikommiß (Stammgut) erworben, belastet mit den eventuellen Successionsrechten ihrer jüngeren Schwestern und deren Nachkommen. . . .

Es kann sich daher nur fragen, ob durch die Zahlung der Abfindung von je 5000 fl. auf Grund der Bestimmungen der Hausgesetze an die drei jüngeren Schwestern der Prinzeß Hermine, die diesen letzteren und ihren Nachkommen zustehenden Successionsrechte aufgehoben sind, ob die Fideikommißeigenschaft der Lande dadurch erloschen und die Prinzeß Hermine daher befugt gewesen sei, über die Succession in die Lande frei zu verfügen, sodaß dieselben nach ihrem Tode auf Grund der von ihr getroffenen neuen Dispositionen und nicht auf Grund der älteren Hausgesetze auf ihren Sohn, den Erzherzog Stephan, als freies Eigentum übergegangen wären. . . .

Einen Verzicht auf ihre Rechte haben die Schwestern der Prinzeß Hermine nicht erklärt. Es kommt daher darauf an, welche rechtliche Bedeutung den in den Hausgesetzen über die Abfindung der jüngeren Schwestern der zur Nachfolge zunächst berufenen ältesten Tochter des zuletzt regierenden Herrn enthaltenen Vorschriften beizulegen ist, ob dadurch die Successionsrechte derselben überhaupt aufgehoben werden, oder ob darin nur eine Entschädigung dafür zu erblicken ist, daß die jüngeren Schwestern bei dem jetzigen Successionsfalle durch die Erstgeborene ausgeschlossen wurden. Während der Herr Beklagte, unter Billigung des Landgerichtes, die erstere Ansicht vertritt, wird von dem Herrn Kläger und dem Oberlandesgerichte die letztere Auffassung für zutreffend gehalten. Dieser letzteren Ansicht muß beigetreten werden.

Nach allgemeinen Grundsätzen und nach dem Sprachgebrauche hat der Regel nach die nach den Primogeniturordnungen den nachgeborenen Kindern von dem zur Nachfolge gelangenden Erstgeborenen zu zahlende Abfindung nicht die Bedeutung der Aufhebung der Successionsrechte

der Abgefundenen und ihrer Nachkommen überhaupt, sondern nur einer Entschädigung für die Ausschließung von dem einzelnen Successionsfalle durch den näher Berechtigten.

Vgl. Heffter, Sonderrechte ꝛc S. 206.

Ist der Weiberstamm nach dem Erlöschen des Mannsstammes zur Nachfolge berufen, so ist ein Unterschied zwischen den abgefundenen Brüdern und Schwestern nicht zu machen.

Nun ist es allerdings möglich, daß durch das betreffende Hausgesetz die von dieser Regel abweichende Bestimmung getroffen werden kann, daß die Abfindung der nachgeborenen Söhne bezw. Töchter eine weitergehende, das Recht zur Succession aufhebende Wirkung haben solle, es müßte aber eine solche dem Zwecke der Stiftung, die Güter dauernd in der Familie zu erhalten, widersprechende Anordnung bestimmt und klar ausgesprochen sein. Der Herr Beklagte ist nun der Ansicht, daß dieses im vorliegenden Falle geschehen sei. . . .

Dieser Auffassung der maßgebenden Bestimmungen der Hausgesetze kann jedoch nicht beigetreten werden. Die aus der Fassung der Hausgesetze entnommenen Gründe sind nicht zwingend und geeignet, die Annahme zu begründen, daß, der aufgestellten Regel und dem Zwecke der Stiftung entgegen, der Abfindung der jüngeren Schwestern der zunächst zur Succession berufenen ältesten Tochter die Bedeutung der Beseitigung der jenen an sich zustehenden Erbrechte beigelegt worden sei." . . .

(Es wird dieses näher aus dem Inhalte der Hausgesetze begründet.)

„Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, daß die Prinzeß Hermine die schaumburgschen Lande als ein mit Fideikommiß belegtes Stammgut auf Grund der alten anhalt-bernburg-schaumburgschen Hausgesetze geerbt hat, daß folgeweise die von ihr über diese Lande in Widerspruch mit diesen Hausgesetzen getroffenen Dispositionen nicht zu Recht bestehen, und daß ihr Sohn, der Erzherzog Stephan von Österreich, die schaumburgschen Lande nicht als einen freien, allodialen Besitz erworben, sondern daß er auf Grund der Ehepakten von 1690 und der späteren anhalt-bernburg-schaumburgschen Hausgesetze als der nach dem Tode seiner Mutter, der Prinzeß Hermine, zur Succession Berechtigte in diese Herrschaften succediert ist, dieselben als Stammgut des schaumburgschen Hauses erworben hat und daher nicht berechtigt war, in der Art, wie geschehen, über die Nachfolge in diese Herrschaften zu verfügen. . . .

Ist diesem nach die von dem letzten Besitzer der Grafschaft Holzappel und der Herrschaften Laurenburg und Schaumburg, dem Erzherzog Stephan von Österreich, in seinem Testamente vom 20. Juni 1859 getroffene Verfügung, daß der Herr Beklagte der Erbe dieser Lande sein solle, nicht rechtsbeständig, der Herr Beklagte, welcher außer dieser Erbeseinsetzung einen Rechtstitel auf die fraglichen Herrschaften nicht hat, daher verpflichtet, dieselben dem nach den Bestimmungen der anhalt-bernburg-schaumburgschen Hausgesetze nach dem Tode des kinderlos 1867 verstorbenen Erzherzogs Stephan zur Succession Berechtigten herauszugeben, so ist auch dem Appellationsgerichte darin beizutreten, daß der Herr Kläger der zur Succession Berechtigte sei.

Mit dem Tode des Erzherzogs Stephan ist die Linie der ältesten Tochter des Fürsten Viktor Karl Adolf, der Prinzeß Hermine, erloschen. Die zweite Tochter desselben, die Großherzogin Adelheid von Oldenburg, ist 1820 verstorben mit Hinterlassung von zwei Töchtern. Von diesen ist die älteste, die Königin Marie Friederike Amalia von Griechenland, am 20. Mai 1875 kinderlos verstorben, die zweite Tochter, Prinzeß Elisabeth Marie Friederike von Oldenburg, zwar noch am Leben, jedoch nach der Behauptung des Herrn Klägers durch ihre unebenbürtige Vermählung mit dem Baron Washington von der Succession ausgeschlossen. Das Successionsrecht des Herrn Klägers, des Sohnes der dritten Tochter des Fürsten Viktor Karl Adolf, der 1858 verstorbenen Prinzeß Emma und des Fürsten Georg Heinrich zu Waldeck und Pyrmont, hängt daher zunächst von der Frage ab, ob die Baronin Washington von der Succession ausgeschlossen sei.

Da nach den allgemeinen Grundsätzen des Privatfürstenrechtes zwar die Nachkommen aus einer notorischen Mißheirat keinen Anspruch auf die Succession haben, nicht aber der unebenbürtig Verheiratete selbst sein Successionsrecht verliert,

vgl. Heffter, Die Sonderrechte ꝛc der souveränen Häuser ꝛc S. 66;
Kohler, Privatfürstenrecht §. 48,

so kommt es darauf an, ob nach den anhalt-bernburg-schaumburgschen Hausgesetzen auch dem eine Mißheirat Schließenden das Successionsrecht in die Grafschaft Holzappel ꝛc entzogen sei. Der Herr Kläger behauptet dieses unter Bezugnahme auf die Bestimmungen in §. 20 des Testamentes des Fürsten Viktor Amadeus Adolf vom 27. August 1752, während der Herr Beklagte bestreitet, daß die Baronin Washington

durch ihre anerkannte Mißheirat ihr Succeſſionsrecht verloren habe, indem er die formelle Gültigkeit der Beſtimmung in §. 20 als Hausgeſetz anſicht und eventuell ausführt, daß in §. 20 der Verluſt des Succeſſionsrechtes nur für den eine Mißheirat ſchließenden Primogenitus, nicht aber auch für die zur Succeſſion berufenen Prinzeſſinnen angedroht ſei

Ob eine Beſtimmung, wie die in §. 20 a. a. O. enthaltene, durch einſeitige Verfügung des zeitigen Hauptes der Familie, welches nicht der Stifter des Familienfideikommiſſes iſt, in ſeinem Teſtamente mit der Wirkung einer für alle Zeiten geltenden hausgeſetzlichen Norm getroffen werden kann, mag dahingeſtellt bleiben. Denn der §. 20 a. a. O. iſt durch die von allen Agnaten geſchloſſenen Familienverträge vom 29. November 1756 und vom 18. April 1782 anerkannt und als hausgeſetzliche Norm hingeſtellt. Wenn der Vertreter des Herrn Beklagten beſtreitet, daß der Vertrag vom 29. November 1756 die Bedeutung eines Hausgeſetzes habe, weil der Fürſt Viktor Amadeus Adolf, als damaliges Haupt der Familie, an deſſen Abſchluſſe nicht teilgenommen habe, und dieſer weſentliche Formmangel auch durch ſpätere Konvalidierung nicht habe ausgeglichen werden können, der Vertrag vielmehr nur unter den Kontrahenten Bedeutung erlangt und behalten habe, ſo kann dem nicht beigepflichtet werden. Wenn auch der Familienvertrag, die hauptſächliche Form autonomiſcher Anordnungen in den hochadeligen Familien, unter Leitung des Familienhauptes von den Agnaten abgeſchloſſen wird, und wenn es auch dahingeſtellt bleiben mag, ob dem Erforderniſſe dieſer Teilnahme des Familienhauptes genügt ſei, wenn, wie im vorliegenden Falle, die von dieſem in einem Teſtamente getroffenen Anordnungen bei ſeinen Lebzeiten von ſämtlichen Agnaten anerkannt und zu einer „beſtändigen lex normalis“ gemacht worden, und das Haupt der Familie ſeine letztwilligen Anordnungen nicht widerrufen hat, ſo haben doch die in dem Teſtamente von 1752 und in dem Familienvertrage von 1756 enthaltenen Beſtimmungen die Bedeutung und Geltung hausgeſetzlicher Normen durch den Familienvertrag von 1782 erhalten. Denn dieſer letztere iſt unter ſämtlichen damals lebenden Agnaten unter Mitwirkung des damals regierenden Herrn, des Hauptes der Familie, abgeſchloſſen, ſodaß gegen deſſen formelle Gültigkeit als Hausgeſetz ein Einwand ſich nicht erheben läßt. In ihm heißt es aber: „es ſei unter den Paziszenten verabredet, daß ſie die im Fürſtlich anhalt-bernburg-ſchaumburgſchen Hauſe vorhandenen, deſſen Ver-

faſſung begründenden Hausverträge, alte und neue Dispoſitionen und Teſtamente und namentlich das letzte von Ihrem Vater 1752 errichtete und ſonach in ein pactum familiae verwandelte Teſtament allerſeits anzunehmen und ſich deſſen Dispoſitionen nach Maßgabe ihrer Hausverfaſſung gefallen zu laſſen rätlich und notwendig befunden ꝛc". Es iſt nun nicht zu erkennen, weshalb durch eine ſolche von allen Agnaten getroffene Vereinbarung, die gedachten Dispoſitionen und Anordnungen von 1752 und 1756, falls ſie wegen des hervorgehobenen formellen Mangels die Bedeutung von Hausgeſetzen nicht gehabt hätten, dieſe Bedeutung nicht ſollten erlangen können. Wie die Agnaten 1782 im Vereine mit dem regierenden Herrn, dem chef de famille, die in dem pactum familiae von 1756 enthaltenen Beſtimmungen mit hausgeſetzlicher Wirkung hätten einführen können, ſo konnten ſie auch auf die in den früheren Verträgen und Teſtamenten enthaltenen Beſtimmungen ſich beziehen, ſie zur Norm für ihr Haus machen und ihnen damit den Charakter von Hausgeſetzen geben, wenn und ſoweit ſie dieſen bisher noch nicht hatten. . . .

Was die materiellen Angriffe des Herrn Revidenten betrifft, ſo kann es zunächſt keinem Zweifel unterliegen, wird auch nicht beſtritten, daß nach dem §. 20 a. a. O. die Ehe der Prinzeß Eliſabeth Marie Friederike mit dem Baron Waſhington eine Mißheirat im Sinne dieſer hausgeſetzlichen Beſtimmung iſt, ſodaß es dahingeſtellt bleiben kann, ob dieſelbe auch nach den gemeinrechtlichen Grundſätzen als eine ſolche zu betrachten ſein würde. Denn in §. 20 wird die Ehe eines Prinzen oder einer Prinzeſſin von Anhalt-Bernburg-Schaumburg mit einer Perſon, welche nicht wenigſtens dem gräflichen Stande angehört, als eine Mißheirat bezeichnet.

Die Frage, ob durch die Hausgeſetze das eine Mißheirat eingehende Familienmitglied ſelbſt ſeiner Familienrechte, insbeſondere ſeiner Erbrechte, beraubt werden kann, ſofern dieſes nicht ſchon von dem Gründer der Familie in bezug auf das Familiengut angeordnet worden, muß bejaht werden. Es ſpricht hierfür nicht allein die neuere Reichsobſervanz, ſondern auch die Erwägung, daß dem hohen Adel die Befugnis beigelegt iſt, durch autonomiſche Beſtimmungen, Familienſtatuten, die familien- und erbrechtlichen Verhältniſſe der Familie zu regeln und deshalb auch Beſtimmungen, wie die hier in Frage ſtehenden, durch die Nachkommen bindende Hausgeſetze getroffen werden können, ſofern ſie nicht den ausdrücklichen Anordnungen des Familienſtifters widerſprechen.

Vgl. Heffter, Die Sonderrechte souveräner Häuser ꝛc S. 122; Moser, Familienstaatsrecht Bd. 2 S. 109; Pütter, Über Mißheiraten S. 305.

Was aber die Frage angeht, ob durch den §. 20 lediglich dem eine Mißheirat schließenden Primogenitus das Successionsrecht entzogen sei, oder ob die dem Wortlaute nach allerdings nur auf diesen sich beziehende Bestimmung auch auf die zur Succession gelangenden Prinzessinnen zu beziehen sei, so sprechen überwiegende Gründe dafür, die letzte Alternative zu bejahen....

War danach nach dem Tode der Königin Marie Friederike Amalia von Griechenland die Linie der Prinzeß Emma, Fürstin von Waldeck und Pyrmont, zur Succession in die schaumburgschen Lande berufen, so muß auch der Herr Kläger als der gegenwärtig zur Succession Berechtigte, trotz des Vorhandenseins zweier älterer Schwestern, anerkannt werden. In den Ehepakten von 1690 und in den späteren Hausgesetzen ist freilich eine ausdrückliche Bestimmung darüber nicht getroffen, ob im Falle der Succession der Kognaten nach dem Erlöschen des Mannsstammes wieder der Vorzug des Mannsstammes eintreten solle. Allein es muß in Übereinstimmung mit der communis opinio als Regel angenommen werden, daß, wenn der Weiberstamm zur Succession berufen ist, das Fideicommiß in der kognatischen Familie nach denselben Grundsätzen vererbt werde, welche für die Agnaten maßgebend gewesen sind, daß also, wenn die zunächst dem letzten vom Mannsstamme folgende Kognatin Söhne und Töchter hinterläßt, die Söhne, auch wenn sie jünger sind als die Töchter, den letzteren vorgehen, und ebenso in den zur Succession gelangenden nachfolgenden Linien, da das agnatische Prinzip so innig mit der Natur des Fideikommisses verwachsen ist, daß es, wenn auch in einem einzelnen Falle durch die Succession der nach dem Aussterben des Mannsstammes zur Succession gelangenden Kognaten unterbrochen, sobald als möglich wieder in Kraft tritt.

Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 5 S. 372; Schulze, Recht der Erstgeburt S. 400; Derselbe, Aus der Praxis des Staats- und Privatrechtes S. 85 flg; v. Dalwigk, Erbrecht Bd. 3 S. 56; v. Salza und Lichtenau, Lehre von den Familienfideikommissen S. 118; Roth, Deutsches Privatrecht Bd. 2 §. 231 Nr. 5 und 6; Heffter, Sonderrechte der souveränen Häuser ꝛc S. 214."

43. Sind die Strafbestimmungen des decretum divi Marci und der l. 7 Cod. unde vi 8, 4 durch das Reichsstrafgesetzbuch aufgehoben?

III. Civilsenat. Urt. v. 22. April 1887 i. S. A. M. (Bekl.) w. Fr. E. u. Ehefrau (Kl.). Rep. III. 350/86.

I. Landgericht Hannover.
II. Oberlandesgericht Celle.

In Übereinstimmung mit der Bd. 11 S. 239 abgedruckten Entscheidung ist vorstehende Frage bejaht worden aus folgenden

Gründen:

„Das angefochtene Urteil beruht auf der Annahme, daß der Beklagte sein Successions- und Eigentumsrecht durch die von ihm geübte Selbsthilfe nach der noch in Kraft befindlichen l. 7 Cod. unde vi 8, 4 verloren habe. Es unterliegt der Aufhebung, wenn die Privatstrafe jener l. 7 nicht mehr in Geltung ist.

Das Reichsgericht hat in dem vom Berufungsgerichte angezogenen Urteile vom 22. Februar 1884 angenommen, daß die Strafbestimmungen des decretum divi Marci und der l. 7 Cod. unde vi 8, 4 durch §. 2 des Einführungsgesetzes zum Reichsstrafgesetzbuche in Verbindung mit dem Inhalte des letzteren beseitigt sind, muß auch an dieser vom Berufungsgerichte nicht geteilten Annahme festhalten. Es geht zunächst davon aus, daß jene Bestimmungen im Gebiete des gemeinen Rechtes zum Landesstrafrechte im Sinne des §. 2 des Einführungsgesetzes zum Reichsstrafgesetzbuche gehört haben; denn sie bedrohen bestimmte Handlungen mit Strafe und jede derartige Norm des Landesrechtes ist dem Reichsstrafgesetzbuche gegenüber eine Satzung des Landesstrafrechtes, mag nun die gedrohte Strafe eine öffentliche oder eine Privatstrafe sein; anderenfalls würde das Reichsstrafgesetzbuch nicht ein einheitliches Recht für die in ihm behandelten Materien schaffen. Es muß aber auch weiter angenommen werden, daß die strafbare Selbsthilfe zu den Materien des Reichsstrafgesetzbuches gehört. Zwar fehlt eine Definition des Begriffes und die Aufstellung eines besonderen Straffalles der unerlaubten Selbsthilfe. Allein das Gesetz konnte diese Materie auch dadurch ordnen, daß es Handlungen mit Strafe bedrohte,

welche nach dem bisherigen Rechte als unerlaubte Selbsthilfe strafbar waren. Kann es nun keinem Zweifel unterliegen, daß gerade die schweren Formen der unerlaubten Selbsthilfe, die eigenmächtige Rechtsverfolgung mittels vis und vis atrox, sich auch als strafbare Handlungen des Reichsstrafgesetzbuches qualifizieren, demgemäß auch einheitlich zu allen Rechtsfolgen allein vom Reichsstrafgesetzbuche geregelt werden, so erscheint die Materie als geordnet durch das Reichsstrafgesetzbuch, und ist demgemäß anzunehmen, daß die Selbsthilfe, soweit sie nicht in den Formen einer nach dem Reichsstrafgesetzbuche strafbaren Handlung auftritt, als strafbare Handlung nicht mehr anzusehen ist. Denn daß das Reichsstrafgesetzbuch die von ihm nicht getroffenen Handlungen der Selbsthilfe der Landesstrafgesetzgebung habe überlassen wollen, kann umsoweniger angenommen werden, als ein Grund zu einer verschiedenen Behandlung dieser Fälle im Gebiete des deutschen Strafrechtes überall nicht erfindlich ist. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß eine einheitliche Regelung dieser in Deutschland früher sehr verschieden gestalteten Materie in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat."

---

44. 1. Ist der §. 270 des preußischen Strafgesetzbuches von 1851 durch das Reichsstrafgesetzbuch aufgehoben?

2. Verneinenden Falles, kann ein gegen diesen Paragraphen verstoßender Vertrag auch für denjenigen keine Rechte erzeugen, welcher sich vom Mitbieten bei Versteigerungen abhalten läßt?

3. Sind die sog. pacta de non licitando aus sittlichen Gründen für verwerflich zu erklären?

III. Civilsenat. Urt. v. 17. Mai 1887 i. S. S. (Kl.) w. R. (Bekl.) Rep. III. 28/87.

I. Landgericht Marburg.
II. Oberlandesgericht Kassel.

Aus den Gründen:

„Nach den Behauptungen der Kläger ist einige Tage vor dem in der Fr. S.'schen Konkurssache abgehaltenen dritten Verkaufstermine zwischen dem klägerischen Cedenten L. H. und dem Beklagten eine

Vereinbarung zustande gekommen, durch welche ersterer gegen das Versprechen des Ersatzes eines an seiner im Konkurse angemeldeten Hypothekenforderung sich etwa ergebenden Ausfalles bis zum Betrage von 11 000 ℳ die Verpflichtung eingegangen habe, nicht im Verkaufstermine mitzubieten, damit dem Beklagten der Erwerb des S.'schen Gutes zu einem billigen Preise ermöglicht werde.

Der Berufungsrichter hat, ohne auf eine Würdigung der weiteren Streitpunkte sich einzulassen, die auf diesen Vertrag gestützte Ersatzklage schon deshalb zurückgewiesen, weil derselbe gegen §. 270 des preußischen Strafgesetzbuches von 1851 verstoße, somit als seinem Gegenstande nach unerlaubt und folgeweise als dergestalt rechtsunwirksam zu betrachten sei, daß die Kläger daraus einen Anspruch auf die ihrem Cedenten zugesicherte Entschädigung nicht ableiten könnten.

Daß der eben erwähnte §. 270, wonach derjenige, welcher Andere durch Zusicherung oder Gewährung eines Vorteiles vom Mitbieten bei öffentlichen Versteigerungen abhält, durch das Reichsstrafgesetzbuch nicht aufgehoben wurde und somit in seiner landesrechtlichen Wirksamkeit noch fortbesteht, ist von dem I. Strafsenate des Reichsgerichtes,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 10 S. 221 flg.,

in einem eingehend motivierten Urteile ausgesprochen worden. Der III. Civilsenat des Reichsgerichtes tritt dieser Ansicht bei und giebt auch dem Berufungsrichter darin Recht, daß die Anwendbarkeit des Paragraphen nicht deshalb als ausgeschlossen erscheine, weil es sich im vorliegenden Falle um ein Zuwiderhandeln von Ausländern im Auslande handele. Selbst wenn die Kontrahenten des Vertrages zur Zeit von dessen Abschluß Ausländer im Sinne des preußischen Strafgesetzbuches gewesen sind, so ist doch jedenfalls das mit demselben beabsichtigte Delikt nicht im Auslande, sondern in dem zur Provinz Kurhessen gehörigen Orte Cyriaxweimar begangen. Es ist schon fraglich, ob nicht auch hier der Vertrag zum Abschlusse gekommen ist, sofern sich die Kontrahenten (wie dem klägerischen Vorbringen zu entnehmen ist) erst dort über essentielle Punkte des Vertrages geeinigt haben; davon aber auch abgesehen, ist jedenfalls außer Zweifel, daß der Vertrag in Cyriaxweimar zu erfüllen war, daß hier der Beklagte den klägerischen Cedenten vom Mitbieten auf das S.'sche Gut abgehalten hat, daß also hier der mehrgedachten Vorschrift des preußischen Strafgesetzbuches zuwidergehandelt wurde. Danach waren aber die beiden Vorrichter

allerdings berechtigt und verpflichtet, in dem gegenwärtigen Rechtsstreite die Frage zu erörtern, ob nicht jener Vertrag, weil auf das Delikt des §. 270 a. a. O. gerichtet, für civilrechtlich unwirksam zu erklären sei.

Bei Beurteilung dieser Frage hat der Berufungsrichter ein wesentliches Moment übersehen. Der §. 270 a. a. O. bedroht ausschließlich denjenigen mit Strafe, welcher Andere vom Mitbieten bei öffentlichen Versteigerungen abhält. Derjenige, welcher sich abhalten läßt, macht sich nicht strafbar, insbesondere kann er nicht als Teilnehmer am Vergehen des Abhaltenden angesehen und bestraft werden.

Vgl. Oppenhoff, Kommentar zum preußischen Strafgesetzbuche bei §. 270.

Ist dies der Fall, und ist es also dem eventuellen Mitbieter nicht verboten, einen Vertrag einzugehen, wodurch er sich vom Bieten abhalten läßt, so kann seiner Klage aus diesem Vertrage auch nicht entgegengehalten werden, daß sie auf ein gesetzlich verbotenes, civilrechtlich unwirksames Geschäft sich stütze. Denn das in Frage stehende Strafgesetz ist nicht gegen den Vertrag als solchen gerichtet, es verbietet nicht die Abschließung derartiger Verträge überhaupt, sondern es reprobiert nur die darin zu Tage tretende Thätigkeit des einen Kontrahenten und bedroht diesen, nämlich den vom Mitbieten Abhaltenden, mit öffentlicher Strafe. Wäre in einem derartigen Falle auch für den anderen, nicht unter das Strafgesetz fallenden Kontrahenten der Vertrag als nichtig zu erklären, so müßte, was nicht der Fall, eine Rechtsregel existieren, derzufolge jedes Geschäft civilrechtlich vollständig unwirksam würde, wenn einer der Kontrahenten durch seine besonderen Verhältnisse, durch Art oder Zweck seiner Beteiligung sich straffällig machte.

Hiernach ist der Grund, welcher den Berufungsrichter zur Klagabweisung bestimmt hat, hierfür nicht genügend, sein Urteil muß daher aufgehoben werden, falls dasselbe nicht aus einem anderen Grunde, nämlich deshalb als richtig sich darstellt, weil der Vertrag, auf welchen die Klageforderung sich stützt, aus sittlichen Gründen verwerflich und als ein pactum turpe für rechtlich unwirksam zu erklären ist.

Die Frage, wie die sog. pacta de non licitando civilrechtlich zu beurteilen seien, ist in der gemeinrechtlichen Litteratur und Praxis längst kontrovers gewesen.

Vgl. Strippelmann, Neue Sammlung Bd. 8 S. 256 Nr. 61.

Während Strippelmann selbst a. a. O. solche Verträge für nicht verwerflich und darum für gültig hält, weil kein obligatorisches Verhältnis zwischen dem Lizitanten und dem Verkäufer bestehe, dessen Rechte also auch nicht verletzt werden können, wenn ein Lizitant sein Überbietungsrecht sich abkaufen lasse, hat die neuere Gerichtspraxis

vgl. Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 16, Bd. 17 Nr. 201, Bd. 31 Nr. 321, Bd. 33 Nr. 115

sich vorherrschend für die civilrechtliche Ungültigkeit der gedachten Verträge ausgesprochen, weil jeder den Zweck der öffentlichen Versteigerungen kenne und wissen müsse, daß er einen ungehörigen und unmoralischen Vorteil sich verschaffe, wenn er Andere vom Mitbieten abhalte oder für das Versprechen, nicht mitzubieten, pekuniäre Vergütung empfange. Eine gesetzliche Regelung der Streitfrage enthält die preußische Verordnung vom 14. Juli 1797, welche alle Verträge, wodurch zum Vorteile des Lizitanten Kauflustige gegen Zusage oder Gewährung eines Vorteiles vom Mitbieten abgehalten werden, für unwirksam erklärt hat. Eine solche Regelung fehlt aber für die Gebiete des gemeinen Rechtes; auch ist nicht außer acht zu lassen, daß die gesetzgebenden Faktoren des Reiches selbst über die kriminelle Verantwortlichkeit der betreffenden Verträge sich nicht zu einigen vermocht haben, sofern der norddeutsche Reichstag bei den Verhandlungen über das Strafgesetzbuch und der deutsche Reichstag bei Beratung der Strafgesetznovelle von 1876 eine dem §. 270 preuß. St.G.B. entsprechende Bestimmung als den heutigen Anschauungen und Verkehrsverhältnissen nicht mehr entsprechend aufzunehmen verweigert hat.

Bei dieser Sachlage muß das Reichsgericht Anstand nehmen, die sog. pacta de non licitando allgemein und prinzipiell für sittlich verwerfliche Verträge zu erklären, vielmehr ist das Gericht der Meinung, daß deren Unwirksamkeit nur dann anzunehmen sei, wenn die besondere Beschaffenheit des einzelnen Falles, sein Anlaß, Inhalt und Zweck ihn zu einem pactum turpe stempelt.

Die von den Klägern behauptete Vereinbarung besitzt diese Eigenschaften nicht. Danach soll verabredet worden sein, daß der klägerische Cedent als Hypothekargläubiger aus Anlaß der Versteigerung seines Pfandobjektes eine Summe erhalten solle, wie sie zur annähernden Deckung der Forderung dieses Gläubigers für ausreichend angesehen wurde. Der Gläubiger hatte also keinenfalls mehr zu empfangen,

als er nach seinem Obligationsverhältnisse beanspruchen durfte, und der Beklagte hat ihm keinen ungehörigen Vorteil zugesagt, dessen Annahme an und für sich schon als moralisch verwerfliche Handlung zu bezeichnen wäre. Allerdings hat die vom Beklagten versprochene Deckung bezweckt, den Gläubiger vom Mitbieten auf das S.'sche Hofgut abzuhalten, und wurde dieser Zweck auch im Vertrage selbst zum Ausdrucke gebracht. Allein hierdurch wird nicht ohne weiteres der ganze Vertrag zu einem unmoralischen Geschäft, was schon daraus erhellt, daß die Kontrahenten ganz den gleichen Zweck hätten erreichen können, wenn der Beklagte durch Versprechen oder Leisten der fraglichen Deckung die Hypothekenforderung cessionsweise erworben und dadurch den Gläubiger, dem es nur um die Befriedigung seiner Forderung zu thun war, vom Mitbieten abgehalten hätte. Solche und ähnliche Beredungen kommen, ohne Anstoß zu erregen, im Verkehrsleben nicht selten vor, und man ist nicht berechtigt, sie als den Grundsätzen der öffentlichen Moral widerstreitend zu bezeichnen und zu behandeln."

---

45. Kann nach gemeinem protestantischen Kirchenrechte die Ehe wegen Betruges über die Vermögensverhältnisse angefochten werden?

III. Civilsenat. Urt. v. 27. Mai 1887 i. S. H. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. III. 59/87.

I. Landgericht Hannover.
II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

. . . „In der Hauptsache mußte die Revision für begründet erachtet werden. Der erkennende Senat nimmt mit dem Bd. 5 S. 177 der Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen abgedruckten Urteile des Reichsgerichtes an, daß nach gemeinem protestantischen Kirchenrechte der Betrug, durch welchen der eine Ehegatte den anderen Teil zur Erteilung des Ehekonsenses veranlaßt hat, einen selbständigen Grund zur Anfechtung der Ehe neben dem Irrtume bildet, sofern anzunehmen ist, daß der Getäuschte, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt hätte, bei vernünftiger Überlegung die Ehe nicht geschlossen haben würde. Es

ist also nicht erforderlich, daß der Irrtum, unter welchem der Getäuschte die Ehe geschlossen hat, Eigenschaften oder Umstände betrifft, welche das Wesen der Ehe selbst berühren; entscheidend ist vielmehr allein die Frage, ob die Kenntnis des verheimlichten Umstandes den Getäuschten bei vernünftiger Überlegung von Eingehung der Ehe abgehalten haben würde. Kann nun nicht verkannt werden, daß auf die Entschließung des Verständigen und Gewissenhaften die Erwägung über die Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes der Ehe von Einfluß sein wird, so wird man auch den Betrug über Vermögensverhältnisse für einen Anfechtungsgrund zu halten haben, wenn der Getäuschte bei Kenntnis der wahren Sachlage in verständiger Erwägung der Verhältnisse von Eingehung der Ehe abgesehen haben würde. Die Auffassung des Berufungsrichters, daß eine vor Eingehung des Verlöbnisses gegebene betrügliche Darstellung der Vermögensverhältnisse für den Getäuschten nur dann ein Grund zur Anfechtung der Ehe sein könne, wenn der betrügliche Ehegatte im Besitze des vorgespiegelten Vermögens nach den Anschauungen des Lebens als eine völlig andere Persönlichkeit erscheinen würde, als er ohne dieses Vermögen ist, beruht ihrem Grunde nach auf der Annahme, daß auch beim Betruge nur der Irrtum über für entscheidend erachtete Eigenschaften der Person und somit mittelbar über die Person selbst — error in personam redundans — für die Anfechtbarkeit der Ehe von Bedeutung sei; sie kann ebensowenig Billigung finden, wie die weitere Annahme des Berufungsrichters, daß der Betrug keine Berücksichtigung verdiene, wenn der getäuschte Ehegatte bei nur einiger Aufmerksamkeit die Vorspiegelung als solche leicht hätte erkennen können; denn aus der Vermeidlichkeit des Irrtumes darf ein Einwand gegen die Rechtsfolgen des Betruges nicht entnommen werden. Auf eben dieser Annahme und jener Auffassung beruht aber das Urteil. Während der Kläger behauptet und unter Beweis stellt, daß er nach seiner wirthschaftlichen Lage die Beklagte, wie derselben bekannt gewesen, nur in dem Falle habe heiraten wollen und können, wenn sie das behauptete Vermögen besitze und Beklagte nicht bestreitet, daß sie den Beklagten über ihre Vermögensverhältnisse getäuscht hat, um ihn zur Eingehung der Ehe zu veranlassen, gründet der Berufungsrichter die Abweisung der Klage auf die Betrachtung, daß die Persönlichkeit der Beklagten dieselbe bleibe, möge sie ein Vermögen von 5000 Thlr. oder von 500 Thlr. besitzen, auch das eine oder das andere Vermögen

auf die Lebensstellung des Klägers nach seiner Verheiratung mit der Beklagten ohne Einfluß bleibe, überdies der Kläger bei einiger Aufmerksamkeit die wahre Sachlage leicht hätte ermitteln können. Diese Ausführungen beruhen ganz auf den voraufgegangenen allgemeinen rechtsirrtümlichen Erwägungen und können nicht mit dem Vertreter der Revisionsbeklagten dahin aufgefaßt werden, daß der Berufungsrichter mit denselben die thatsächliche Unerheblichkeit des Irrtumes für den Kläger nach allen in Betracht kommenden Verhältnissen habe feststellen oder gar die Kausalität des Betruges habe zurückweisen wollen. Die Kausalität des Betruges hat der Berufungsrichter in seinen Entscheidungsgründen nicht bestritten, und eine Erörterung der Frage, ob der Kläger, wenn er den wahren Sachverhalt gekannt hätte, bei vernünftiger Überlegung die Ehe nicht geschlossen haben würde, hat nicht stattgefunden. Es war daher unter Aussetzung der Entscheidung über die Kosten dieser Instanz zum Endurteile das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

---

46. Wird die Klage auf Ehescheidung wegen böslicher Verlassung durch einen von der klagenden Ehefrau während der Abwesenheit des Ehemannes begangenen Ehebruch ausgeschlossen?

I. Civilsenat. Urt. v. 4. Juni 1887 i. S. Ehefrau K. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. I. 85/87.

I. Landgericht Schwerin.
II. Oberlandesgericht Rostock.

Die Klägerin erhob gegen ihren Ehemann, dessen Aufenthaltsort ihr unbekannt ist, Klage auf Ehescheidung wegen böslicher Verlassung. Bei der Beweisaufnahme ergab sich, daß die Klägerin während der Abwesenheit des Ehemannes ein uneheliches Kind geboren habe. Hierauf wurde die Klage wegen des Ehebruches der Klägerin in erster Instanz abgewiesen und die Berufung der Klägerin als unbegründet zurückgewiesen. Das Reichsgericht hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache in die Berufungsinstanz zurück.

Aus den Gründen:

„Um die Frage zu beantworten,

ob nach gemeinem protestantischen Eherechte die Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung durch einen von der klagenden Ehefrau während der Abwesenheit des Beklagten begangenen Ehebruch ausgeschlossen werde,

ist zu prüfen, ob zur Begründung der Ehescheidungsklage die Darlegung eines den Pflichten der Ehegatten entsprechenden Verhaltens der klagenden Ehefrau gehöre, folglich die Klage der Ehefrau, welche sich einer ehelichen Untreue schuldig gemacht hat, unbegründet sei; eventuell wenn dies nicht anzunehmen ist, ob die besonderen Voraussetzungen der Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung in diesem Falle nicht vorliegen, weil die Entfernung des Beklagten als eine bösliche Verlassung nicht zu betrachten sei, wenn die zurückgelassene Ehefrau sich vor oder nach der Entfernung desselben eines Ehebruches schuldig macht; weiter eventuell wenn auch dieses nicht anzunehmen ist, ob zwischen den Scheidungsgründen der böslichen Verlassung und des Ehebruches Kompensation stattfinde.

Das Berufungsgericht läßt hinsichtlich der ersten Frage unentschieden, ob sie auf Grund ausdehnender Auslegung der Vorschrift Ziff. 4 Abschn. 6 Tit. 8 der mecklenburgischen Kirchengerichts- und Konsistorialordnung vom 31. Januar 1570,

vgl. Raabe, Sammlung Bd. 2 S. 290,

zu bejahen sei, und nimmt hinsichtlich der letzten Frage an, es möge bedenklich sein, die Grundsätze über die Ausschließung der Scheidungsklage wegen Ehebruches im Falle eines dem klagenden Teile zur Last fallenden Ehebruches auf alle Fälle anzuwenden, in welchen der eine Ehegatte einen Ehebruch begangen, der andere Ehegatte aber sich eines davon verschiedenen, ein Recht auf Ehescheidung begründenden Vergehens schuldig gemacht hat. In betreff der zweiten Frage aber nimmt das Berufungsgericht an, die von der Klägerin ihrem Anspruche zum Grunde gelegte bösliche Verlassung verliere diesen ihren Charakter dadurch, daß die Klägerin sich eines Ehebruches schuldig gemacht habe, gewähre somit von da ab dem Beklagten einen sein Fernbleiben rechtfertigenden Grund. Die nähere Begründung dieser Annahme ergiebt sich aus den vom Berufungsgerichte gebilligten Gründen des Urteiles erster Instanz

in Verbindung mit den daselbst in Bezug genommenen Gründen des Urteiles des vormaligen Oberappellationsgerichtes zu Rostock vom 15. Juli 1867, vgl. Entsch. des Oberappellationsgerichtes Bd. 6 S. 263, in welchen ausgeführt wird:

„Ist nun auch eine eigenmächtige Trennung der Eheleute unstatthaft, so kann doch nach cap. 4 X de divortiis 4, 19 eine von dem Manne wegen Ehebruches verstoßene Frau ihre Wiederaufnahme von seiten des Mannes nicht erzwingen, weil dem letzteren ein liquider Anspruch auf Separation zur Seite steht. Das muß auch nach protestantischem Rechte gelten, nach welchem der Anspruch des verletzten Teiles ein noch weitergehender ist.... Wenn daher der Mann aus jenem Grunde die eheliche Gemeinschaft nicht fortsetzt..., so kann dies Verhalten desselben, weil sie durch den Ehebruch ihr Recht auf das fernere Zusammenleben verwirkt hat, nicht als bösliche Verlassung bezeichnet werden."

Der Grund, auf welchem die angefochtene Entscheidung wesentlich beruht, ist für richtig zu erachten.

Allerdings spricht die päpstliche Entscheidung in cap. 4 X cit. in betreff des von der Ehefrau erhobenen Anspruches auf Wiedervereinigung mit dem getrennt von ihr lebenden Ehemanne aus, daß letzterer dazu nicht gezwungen werden könne, falls die Klägerin Ehebruch begangen habe, mit Ausnahme des Falles, daß er ebenfalls sich des Ehebruches schuldig gemacht habe. Diese Entscheidung beruht auf dem Grundsatze des katholischen Eherechtes, daß wegen Ehebruches nicht die Lösung des Ehebandes, aber die beständige Trennung der Ehegatten verlangt werden kann; sie anerkennt, daß letztere nicht allein durch Klage auf Separation, sondern auch im Wege der Einrede erreicht werden kann, indem der Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens durch die Einrede des Ehebruches des klagenden Ehegatten begegnet werden kann, wenn nicht der klagende Ehegatte diese Einrede durch die Replik der Kompensation beseitigt.

Unrichtig aber ist die Annahme, daß dieser Ausspruch auch nach protestantischem Rechte anwendbar sei, weil dasselbe dem verletzten Teile einen noch weitergehenden Anspruch, das Recht auf Lösung des Ehebandes, zugestehe. Hierbei ist verkannt, daß das protestantische Eherecht von dem katholischen nicht bloß darin abweicht, daß es diesen weitergehenden Anspruch *gewährt*, sondern auch darin, daß es den

Anspruch auf beständige Trennung der Ehegatten ohne Lösung des Ehebandes versagt, was jetzt durch §. 77 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 verallgemeinert ist. Hieraus folgt, daß eine beständige Trennung von dem anderen Ehegatten wegen Ehebruches desselben ohne Lösung des Ehebandes ebensowenig durch Einrede gegen die Klage desselben auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens wie durch Klage auf Gestattung der Trennung erreicht werden kann. Der Ehegatte, welcher wegen Ehebruches des anderen die Auflösung der Ehe verlangen könnte, aber von diesem Rechte keinen Gebrauch macht, bleibt bei Aufrechterhaltung der Ehe den für ihn daraus entspringenden Pflichten unterworfen und hat deshalb kein Recht, die Wiedervereinigung mit dem anderen Ehegatten anders als durch Erwirkung der Scheidung oder der einstweiligen Gestattung des Getrenntlebens während des Scheidungsprozesses zu verhindern. Wollte man dies nicht annehmen, so würde wie das vormalige Oberappellationsgericht zu Wiesbaden,

vgl. Seuffert, Archiv Bd. 16 Nr. 52,

zutreffend ausführt, der mit dem Wesen der Ehe unvereinbare Rechtszustand eintreten, daß die Ehe nach wie vor in allen Beziehungen bestehen bliebe und dennoch die Lebensgemeinschaft der Ehegatten aufgehoben wäre.

Der Grund, aus welchem das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hat, ist demnach unhaltbar. Ebensowenig erscheint die Abweisung derselben unter dem Gesichtspunkte der Kompensation der Scheidungsgründe gerechtfertigt.

Das kanonische Recht versagt dem Ehegatten, welcher sich selbst des Ehebruches schuldig gemacht hat, die Klage auf Trennung wegen Ehebruches des anderen Ehegatten: paria delicta mutua compensatione tollantur, cap. 6. 7 X de adult. 5, 16. Die Frage, ob die Kompensation auch bei anderen Scheidungsgründen stattfinde — abgesehen von den dem Ehebruche gleichzuachtenden sonstigen Fleischesvergehen —, konnte nach kanonischem Rechte nicht aufgeworfen werden, weil dasselbe die separatio perpetua nur wegen Ehebruches gestattet. Die Kompensation wegen beiderseitigen Ehebruches wurde auch im protestantischen Eherechte beibehalten. Da dasselbe aber die Lösung des Ehebandes auch aus anderen Gründen als wegen Ehebruches zuließ, so entstand nunmehr die Frage, ob die Kompensation auch bei Scheidungsklagen stattfinde, welche auf einen anderen Grund als Ehebruch gestützt sind,

und ob die Kompensation — bei einer auf Ehebruch oder auf einen anderen Grund gestützten Scheidungsklage — auch dann stattfinde, wenn die Pflichtverletzung des klagenden Ehegatten anderer Art ist als diejenige, welche den Grund der Scheidungsklage bildet. Diese Frage wird von den Rechtslehrern verschieden beantwortet. Während die meisten die Kompensation nur für den im kanonischen Rechte erwähnten Fall beiderseitigen Ehebruches und ihm gleichzuachtender Fleischesvergehen erwähnen,

vgl. Brückner, Decis. juris matrim. ed. 3. 1724 cap. XVII No. 41; Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes Bd. 2 S. 484. 471; Richter, Kirchenrecht 8. Aufl. §. 287 Note 32; Mejer, Kirchenrecht 3. Aufl. §. 234 Note 10,

lassen andere die Kompensation zwar auch bei den auf andere Gründe als Ehebruch gestützten Scheidungsklagen, jedoch nur wegen gleichartiger Pflichtverletzungen zu,

vgl. Wiese, Handbuch des Kirchenrechtes Bd. 3 S. 215; Friedberg, Lehrbuch des Kirchenrechtes 2. Aufl. S. 373 Note 35,

und in neuerer Zeit ist letztere Ansicht dahin erweitert, daß unter gleichen Pflichtverletzungen nicht allein solche von gleicher Art, sondern auch ungleichartige zu verstehen seien, wenn sie nur von gleicher Schwere sind, was anzunehmen sei, wenn beide den Anspruch auf Lösung des Ehebandes begründen.

Vgl. Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht S. 312.

Im vorliegenden Falle, wo bösliche Verlassung einerseits und Ehebruch andererseits in Frage steht, kann es dahingestellt bleiben, ob die Kompensation wegen gleichartiger Pflichtverletzungen nur bei der auf Ehebruch oder auch bei einer auf einen anderen Grund gestützten Scheidungsklage stattfindet. Die hier zu entscheidende Frage aber, ob bei ungleichartigen Pflichtverletzungen Kompensation stattfinde, muß verneint werden. Das kanonische Recht handelt nur von gleichartiger Pflichtverletzung. Daß das protestantische Eherecht den Satz des kanonischen Rechtes durch Ausdehnung desselben auf ungleichartige Pflichtverletzungen erweitert haben sollte, ist schon deshalb unglaubhaft, weil die Richtung desselben auf Erweiterung des Scheidungsanspruches über die Grenzen des kanonischen Rechtes hinausging, eine Erweiterung des Kompensationsrechtes aber zu einer Einschränkung des Scheidungsanspruches führte. Jedenfalls ist diese Erweiterung aus der Praxis

der zur Ausübung der Ehegerichtsbarkeit berufenen Behörden nicht nachweisbar. Im Gegenteile haben die vormaligen obersten Landesgerichte sich mit großer Übereinstimmung für die Beschränkung der Kompensation auf gleichartige Pflichtverletzung ausgesprochen.

Vgl. Erkenntnis des Obertribunales zu Berlin in einer neuvorpommerschen Sache bei Fenner und Mecke, Civilrechtliche Entscheidungen Bd. 5 S. 71; Präjudiz des Obertribunales zu Stuttgart bei Hauber, Württembergisches Eherecht S. 43 Nr. 163; Erkenntnis des Oberappellationsgerichtes zu Kassel bei Strippelmann, Ehescheidungsrecht S. 239 Note 99; Erkenntnis des Oberappellationsgerichtes zu Darmstadt in Seuffert, Archiv Bd. 21 Nr. 59; Erkenntnis des Oberappellationsgerichtes zu Wiesbaden, daselbst Bd. 16 Nr. 52; Bartels, Ehe und Verlöbnis S. 316; Dedekind, Ehescheidungsrecht S. 202 Nr. 355.

Auch das sächsische bürgerliche Gesetzbuch §. 1722. §. 1730 läßt in Übereinstimmung mit der früheren Praxis

vgl. Lengnick, Der sächsische Eheprozeß S. 106 Note 4

die Kompensation nur bei der Scheidungsklage wegen Ehebruches und nur wegen gleichartiger Vergehen zu. Auch aus der mecklenburgischen Praxis ist die Ausdehnung der Kompensation auf ungleichartige Pflichtverletzungen nicht ersichtlich und von dem Berufungsgerichte selbst für bedenklich erklärt.

Kommt demnach der Ehebruch der Klägerin unter dem Gesichtspunkte der Kompensation der Scheidungsgründe nicht in Betracht, so kann die von der Revisionsklägerin angeregte prozessuale Frage auf sich beruhen, ob aus §. 581 C.P.O. die Befugnis des Prozeßgerichtes abgeleitet werden kann, von dem beklagten Ehegatten nicht geltend gemachte Einreden und insbesondere eine Kompensationseinrede, auf welche derselbe sich nicht berufen hat, von Amts wegen zu berücksichtigen.

Ungeachtet der bisherigen Erwägungen würde der Ehebruch der Klägerin die Abweisung ihrer Klage rechtfertigen, wenn nach den allgemeinen Grundsätzen über Ehescheidungsklagen oder nach den besonderen Grundsätzen über Ehescheidungsklagen wegen böslicher Verlassung anzunehmen wäre, daß die Darlegnng eines den ehelichen Pflichten entsprechenden Verhaltens des klagenden Ehegatten zur Begründung der Klage erforderlich sei. Im allgemeinen aber kann dies nicht behauptet werden. Vielmehr genügt zur Begründung der Klage die Darlegung

eines Grundes, aus welchem die Scheidung verlangt werden kann, und wie bei Klagen auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett,

vgl. Entsch. des R.G's in Civils. Bd. 11 S. 367,

so ist auch bei Klagen auf Lösung des Ehebandes die Darlegung der Schuldlosigkeit des klagenden Ehegatten kein Erfordernis der Klagebegründung, unbeschadet des dem Beklagten zustehenden Einwandes, daß hinsichtlich des ihm vorgeworfenen und als Scheidungsgrund geltend gemachten Verschuldens dem klagenden Ehegatten überwiegende eigene Schuld zur Last falle. Auch bei der Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung kann nach gemeinem Rechte mehr als die Darlegung der Umstände, aus denen sich eine bösliche Verlassung ergiebt, zur Begründung der Klage nicht gefordert werden, wenn auch die von älteren Schriftstellern verteidigte Ansicht, daß zur Begründung der Desertionsklage die Darlegung und Bescheinigung eines ehrbaren, dem ehelichen Stande entsprechenden Lebenswandels des klagenden Teiles gehöre, in einigen Ländern durch die Landesgesetzgebung oder den Gerichtsgebrauch anerkannt worden ist.

Vgl. Hinschius in der Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 2 S. 7; Gräbner, Über Desertion und Quasidesertion 1882 S. 48; Strippelmann, Ehescheidungsrecht S. 145 in Verbindung mit Roth und v. Meibom, Kurhessisches Privatrecht Bd. 1 S. 355; Büff, Kurhessisches Kirchenrecht S. 694. 700 Anm. 30; Heuser, Annalen Bd. 27 S. 67; Bartels, Ehe und Verlöbnis S. 326.

Kann daher nach gemeinem Rechte nicht angenommen werden, daß die erhobene Klage wegen böslicher Verlassung wegen des von der Klägerin begangenen Ehebruches der nötigen Begründung entbehre, so entsteht nur noch die Frage, ob etwa in Mecklenburg in dieser Hinsicht eine vom gemeinen Rechte abweichende, demselben vorgehende partikuläre Rechtsnorm bestehe. Das Berufungsgericht läßt diese Frage unentschieden, indem es auf die Bestimmung der Kirchengerichts- und Konsistorialordnung vom 31. Januar 1570 in dem Abschn. „Von Ehescheiden" unter Ziff. 4 hinweist:

„Und da der Ehebruch ausfündig gemacht oder aber der beklagte Theil ungehorsamlich außenbleibe und keine erhebliche Einrede thäte und des klagenden Theils Unschuld vermerkt: so soll das Konsistorium ... ein Scheidurtheil geben." ...

und ausdrücklich unerörtert läßt, ob diese von Klagen wegen Ehebruches handelnde Bestimmung auf alle Ehescheidungsklagen mitbezogen werden müsse. Wenn nun auch aus dem Wortlaute der angezogenen Bestimmung nicht erkennbar ist, daß dadurch mehr und anderes bestimmt werden sollte, als was das kanonische Recht in betreff der Kompensation des Ehebruches festsetzt, so hat der Gerichtshof doch gemäß der ihm in §. 528 Abs. 4 beigelegten Befugnis die Entscheidung dieser partikularrechtlichen Frage dem Berufungsgerichte überlassen zu sollen geglaubt."

---

47. Haftet eine Sicherheit, welche der Schuldner dem Gläubiger für alle Forderungen, welche dem Gläubiger gegen ihn zustehen und zustehen werden, bestellt hat, schlechthin auch für die dem Gläubiger von einem Dritten cedierten Forderungen?

I. Civilsenat. Urt. v. 7. April 1886 i. S. W. (Kl.) w. Bremer Vereinsbank (Bekl.). Rep. I. 54/86.

I. Landgericht Bremen.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Der Bauunternehmer W. cedierte der Bremer Vereinsbank, mit welcher er in Geschäftsverbindung stand, eine ihm gegen seinen Bruder zustehende Forderung von 31 000 ℳ unter Übergabe des Schuldscheines „zur Sicherheit für alle Forderungen, die der Bank gegen ihn zustehen und in Zukunft zustehen werden". Nachdem er alle Forderungen, welche der Bank aus dem Geschäftsverkehre mit ihm zustanden, abbezahlt hatte, forderte er Herausgabe des Schuldscheines. Diese wurde ihm verweigert unter Bezugnahme darauf, daß Dr. S. eine ihm gegen den Kläger zustehende Forderung von 23 000 ℳ der Beklagten cediert habe. Der Kläger gab die Höhe dieser Forderung nicht zu und bestritt, daß die bestellte Sicherheit für dieselbe hafte. In beiden früheren Instanzen wurde die Klage abgewiesen. Auf Revision des Klägers hob das Reichsgericht das Berufungsurteil auf und verurteilte die Beklagte nach dem Klagantrage.

Aus den Gründen:

„Beide Vorderrichter gehen davon aus, daß die Entscheidung des Rechtsstreites auf der Beantwortung der Frage beruht, ob die Cession

der Forderung des Klägers an die Vereinsbank zur Sicherung lediglich der vom Kläger der Bank gegenüber kontrahierten Schulden erfolgt sei, oder auch auf die der Bank anderwärtsher cedierten Forderungen gegen den Kläger sich beziehe. Beide entscheiden sich für die zweite Alternative. Sie gehen dabei im wesentlichen von dem Wortlaute der Urkunde aus, nach welchem von allen Forderungen ohne Beschränkung gesprochen werde, und führen aus, daß eine solche Beschränkung auch nicht als gewollt dargethan sei.

Die Fragestellung ist richtig, da die l. un. Cod. etiam ob chirograph. pec. 8, 27, welche möglicherweise zur Berücksichtigung herangezogen werden könnte, durch die bremische Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen vom 5. Juni 1843 aufgehoben ist. Betreffs der Entscheidung des Berufungsrichters aber ist das Reichsgericht zu einem von diesem abweichenden Resultate gelangt. Dieses Ergebnis aber führt deswegen zur Aufhebung des angefochtenen Urteiles, weil, obgleich es sich um die Auslegung des rechtsgeschäftlichen Willens der Kontrahenten handelt, eine für den Revisionsrichter bindende thatsächliche Feststellung nicht vorliegt; denn der Berufungsrichter ist zu seinem Resultate durch eine rechtsirrtümliche Operation gelangt. Es mußte von vornherein der ganze Inhalt des Vertragswillens, insbesondere der positive Umfang derjenigen Forderungen, auf welche die Sicherheitsstellung bezogen wurde, untersucht werden. Statt dessen geht der Berufungsrichter von der Unbeschränktheit dieses Umfanges aus und untersucht, ob sich aus besonderen Thatsachen eine Beschränkung ergebe. Dieses Verfahren ist analog der falschen Verteilung der Beweislast und führt wie dieses zu unrichtigen Ergebnissen.

Fragt man nach dem Motive, welches zur Sicherung später entstehender Forderungen führt, so erscheint, wenn vielleicht auch nicht als das einzig mögliche, so doch sicherlich als das zunächst liegende und in den bei weitem meisten Fällen allein vorhandene das der Erwirkung der Eröffnung eines Kredites. Gedeckter Kredit ist ein wirtschaftlicher Begriff. Ein Rechtsgeschäft zur Erreichung dieses Zweckes ist Abtretung einer Aktivforderung zur eventuellen Deckung einer künftigen Passivforderung.

Diese im Zweifel vorhandene Absicht wird aber für den rechtlichen Inhalt des Geschäftes bestimmend. Wenn nichts anderes vereinbart oder nach den Umständen als vereinbart anzunehmen ist,

wird die Abtretung als zur Sicherung derjenigen Forderungen bewirkt anzunehmen sein, welche der den Kredit Gewährende gegen den den Kredit Suchenden mit dessen Willen erwirbt. Dies gilt in erster Linie von den Forderungen aus zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger direkt abgeschlossenen Rechtsgeschäften. Es können darunter aber auch andere Forderungen fallen, z. B. solche aus auf den Gläubiger von einem Dritten indossierten Wechseln, aus welchen der Schuldner haftet, dann nämlich, wenn der Gläubiger mit Willen des Schuldners diese Wechsel diskontiert hat (häufiges Verhältnis). Allein es muß in diesen Fällen immer erkennbar vorliegen, daß der Gläubiger in das Rechtsverhältnis mit dem Willen des Schuldners eingetreten ist. Auf cedierte Forderungen schlechthin die bestellte Sicherheit zu erstrecken, würde dem Wesen des eingegangenen Rechtsgeschäftes widersprechen.

Vgl. Urteil des hanseatischen Oberlandesgerichtes in der hanseatischen Gerichtszeitung 1883, Beiblatt S. 92, in welchem die Sache in bezug auf die vorliegende Frage ebenso liegt. (Der Entscheidungsgrund aus der Natur der cedierten Forderung möchte allerdings in dieser Form nicht zu billigen sein.)

In analoger Weise sind im Handelsgesetzbuche die Rechtssätze über das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gestaltet worden. Nach Art. 313 a. a. O. ist dasselbe gegeben einmal nur an solchen Gegenständen, die mit Willen des Schuldners in den Besitz des Gläubigers gekommen sind, und sodann nur für Forderungen aus zwischen dem Retinenten und dem Eigentümer der retinierten Sache geschlossenen Geschäften. Auf cedierte Forderungen erstreckt dasselbe also sich nicht.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 5 Nr. 66 S. 305.

Hiernach erscheinen alle Argumentationen der vorigen Richter daraus, daß die Kontrahenten in concreto eine Beschränkung der Sicherheitsbestellung auf bestimmte Forderungen nicht vereinbart hätten, ja nicht einmal erkennbar sei, daß sie dies beabsichtigt hätten, als abwegig. Umgekehrt hätte, wenn die Sicherheitsbestellung über den vernünftigen wirtschaftlichen Zweck ausgedehnt hätte werden sollen, dies erkennbar gemacht werden müssen.

Daß aus der Entstehungsgeschichte der in concreto vorgenommenen cessio in securitatem nichts zu entnehmen ist, giebt der Berufungsrichter selbst zu, erklärt die Beklagte selbst ja, daß darüber „nur das

Dunkelste bekannt" und es nicht möglich sei festzustellen, wie eigentlich die Sache zusammenhänge. . . .

Das angefochtene Urteil war sonach aufzuheben. Die Sache liegt aber zur Beurteilung reif vor; denn, da der Berufungsrichter selbst festgestellt hat, daß besondere Umstände nicht in Frage kommen, so handelt es sich lediglich um die Beurteilung der rechtlichen Wirkung der Bestellung einer Sicherheit für Kreditgewährung durch Cession einer Forderung. Es war daher in der Sache selbst zu erkennen, und zwar, wie sich aus den vorstehenden Erörterungen ergiebt, in dem Sinne, daß der Beklagte zur Herausgabe der Sicherheit zu verurteilen war." . . .

---

48. 1. Hat der Bürge das Recht bei der Zahlung der verbürgten Schuld die Abtretung der dem Gläubiger gegen die Mitbürgen zustehenden Klagen zu fordern?

2. Ist der Gläubiger dem Bürgen bezw. der Bürge dem Rückbürgen gegenüber zur Diligenz und insbesondere zur sorglichen Bewahrung der ihm gegen dritte Mitverpflichtete zustehenden Klagen verpflichtet?

3. Ist der Bürge zur Erhaltung seines Anspruches gegen den Rückbürgen verpflichtet, sich bei der Zahlung vom Gläubiger die Klagerechte desselben gegen etwaige Mitbürgen abtreten zu lassen?

4. Hat der Bürge noch nach der vorbehaltslos geleisteten Zahlung das Recht, vom Gläubiger die Abtretung der Klagen zu fordern?

III. Civilsenat. Urt. v. 9. November 1886 i. S. H. (Kl.) w. J. (Bekl.) Rep. III. 121/86.

I. Landgericht Altona.
II. Oberlandesgericht Kiel.

Der Bruder des Beklagten Johann J. erhielt im Jahre 1881 von dem Ottenser Kreditvereine ein Darlehn von 5000 ℳ gegen Ausstellung eines eigenen Wechsels, welcher vom Kläger und der Firma „D. Witwe & Sohn" als Bürgen mitunterzeichnet war. Der Beklagte hatte dem Kläger gegenüber die Rückbürgschaft übernommen. Nachdem

der Hauptschuldner anfangs 1885 in Konkurs geraten, wurde der Kläger vom Ottenser Kreditvereine wegen eines noch nicht bezahlten Restes von 2000 ℳ nebst Zinsen in Anspruch genommen. Der Kläger leistete Zahlung und ließ sich den Wechsel zurückgeben. Nach der Zahlung hat er Cession der Hauptforderung gegen den Hauptschuldner bezw. gegen die Mitbürgin gefordert, der Kreditverein aber solche abgelehnt. Nunmehr verlangt Kläger Zahlung vom Rückbürgen, welcher auf Grund der exceptio cedendarum actionum die Abweisung der Klage beantragt hat. In erster Instanz ist der Beklagte verurteilt zur Zahlung gegen Aushändigung des Wechsels und Cession des dem Kläger (kraft eigenen Rechtes aus der negotiorum gestio) zustehenden Forderungsrechtes.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die erhobene Klage abgewiesen.

Gegen das Urteil hat der Kläger Revision erhoben mit dem Antrage, das Urteil aufzuheben und die eingelegte Berufung zu verwerfen.

Das Berufungsurteil wurde abgeändert aus folgenden

Gründen:

„Die Entscheidung des Berufungsgerichtes beruht auf folgenden Sätzen:

1. Dem Bürgen steht kraft eigenen Rechtes ein Regreßanspruch gegen den Mitbürgen nicht zu; der Bürge hat aber das Recht, bei der Zahlung die Abtretung der Klagen gegen den Hauptschuldner und die Mitbürgen vom Gläubiger zu verlangen.

2. Der Kläger hatte aber auch — wollte er anders seinen Regreß gegen den Rückbürgen nehmen — die Verpflichtung, sich diese Klagen abtreten zu lassen, um imstande zu sein, bei Inanspruchnahme des Rückbürgen diesem die fraglichen Klagen zu cedieren.

3. Da der Kläger unterlassen hat, bei der Zahlung die Abtretung der Klagen zu fordern, so ist der Anspruch des Kreditvereines gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen untergegangen und der Kläger mithin durch seine Schuld außer stande, dem Beklagten diese Klagen, auf deren Abtretung derselbe ein Recht hat, zu cedieren. Die vom Beklagten vorgeschützte exceptio cedendarum actionum nimmt damit einen peremtorischen Charakter an.

Der erste dieser Sätze giebt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Daß, abgesehen von besonderen zwischen mehreren Mitbürgen bestehen-

den Vertragsverhältnissen der Mitbürge als solcher kein Regreßrecht gegen die anderen Mitbürgen hat, ist unzweifelhaft (vgl. l. 39 Dig. de fidej. 46, 1). Ebenso ist aber auch mit dem Berufungsgerichte anzunehmen, daß der zahlende Bürge befugt ist, vom Gläubiger die Abtretung nicht bloß der Klage gegen den Hauptschuldner, sondern auch der Klagen gegen die solidarisch mit verhafteten Mitbürgen zu verlangen.

Das letztere ist zwar nicht unbestritten,[1] indem namentlich von Savigny (Obligationenrecht Bd. 1 S. 274 flg.) auf Grund der l. 39 Dig. de fidej. 46, 1, der l. 11 Cod. de fidej. 8, 41 und des §. 4 Inst. de fidej. 3, 20 die gegenteilige Ansicht vertreten hat. Diese Ansicht findet jedoch in den allegierten Stellen keine ausreichende Rechtfertigung, da in denselben nur dem Bürgen ein Regreßrecht gegen den Mitbürgen kraft eigenen Rechtes abgesprochen wird. Sie wird auch direkt widerlegt durch die ll. 17 und 36 Dig. de fidej. 46, 1.

Rechtsirrtümlich ist es aber, wenn das Berufungsgericht in dem zweiten der oben wiedergegebenen Sätze annimmt, daß der Kläger verpflichtet gewesen sei, sich im Interesse des Rückbürgen die Klagen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen abtreten zu lassen. Für die Rückbürgschaft gelten keine besonderen Grundsätze; das Verhältnis des Rückbürgen zum Bürgen ist nach denselben Rechtsgrundsätzen zu beurteilen, welche bei der gewöhnlichen Bürgschaft für das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger in Betracht kommen. Es fragt sich daher, ob aus diesen Rechtsgrundsätzen sich eine derartige Verpflichtung des Bürgen ableiten läßt.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob und in welchem Umfange der Gläubiger dem Bürgen gegenüber (und folgeweise auch der Bürge gegenüber dem Rückbürgen) zur Diligenz verpflichtet ist.

Nach dem Rechte der Pandekten besteht eine derartige Verpflichtung des Gläubigers gegenüber dem fidejussor nicht. Nur für das mandatum qualificatum wird in den Quellen (l. 27 §. 5. l. 28 Dig. mandati

[1] Gegen die Savigny'sche Ansicht sprechen sich u. a. aus: die Pandektenlehrbücher von Puchta, §. 405 N. 3; Arndts, §. 355 N. 3; Windscheid, §. 481 N. 3, ferner die Monographieen über die Bürgschaft von Girtanner, S. 538 Note 9 und Hasenbalg, S. 428—437 und die Entsch. bei Seuffert, Archiv Bd. 17 Nr. 39. 144, Bd. 20 Nr. 36, Bd. 26 Nr. 241, Bd. 28 Nr. 225, Bd. 32 Nr. 138. D. E.

17, 1; l. 95 §. 11 de solut. 46, 3) die Verpflichtung des Gläubigers zur Diligenz anerkannt; es folgt dies aus dem zwischen dem Mandator und Mandatar bestehenden Vertragsverhältnisse. Anders liegt die Sache bei der fidejussio. Bei dieser besteht kein zweiseitiges Rechtsverhältnis; der Gläubiger ist nur berechtigt, nicht auch verpflichtet, und umgekehrt der Bürge nur verpflichtet, nicht auch berechtigt. Eine Verpflichtung des Gläubigers zur Diligenz gegenüber dem Bürgen kann daher nicht angenommen werden, da eine solche voraussetzen würde, daß der Gläubiger überhaupt Verpflichtungen gegen den Bürgen hätte (vgl. l. 62 Dig. de fidej. 46, 1; anders bei der fidejussio indemnitatis, l. 41 pr. eod.). War nun der Gläubiger dem Bürgen gegenüber nicht zur Diligenz verpflichtet, so wird auch eine Verpflichtung des ersteren zur sorglichen Bewahrung der Klagen, welche ihm gegen den Hauptschuldner und etwaige andere Bürgen zustanden, sich nicht konstruieren lassen. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Gläubiger auch nach dem Rechte der Pandekten durch die exceptio cedendarum actionum genötigt werden konnte, die Klagen, welche er bei Geltendmachung seines Anspruches gegen den Bürgen noch besaß, dem Bürgen abzutreten. Denn diese Einrede ist keine besondere dem Bürgen zustehende Rechtswohlthat; sie wurde vielmehr geltend gemacht als eine exceptio doli generalis (vgl. l. 65 Dig. de evict. 21, 2; l. 25 Dig. de admin. et peric. tut. 26, 7). Einen Dolus kann man nun wohl dem Gläubiger vorwerfen, welcher sich weigern würde, die Ansprüche gegen den Hauptschuldner und etwaige Mitbürgen, die er zur Zeit seiner Befriedigung durch den Bürgen noch besitzt, diesem abzutreten, insoweit dies ohne Nachteil für ihn geschehen kann.

Vgl. v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 242 Note 9.

Daraus folgt aber nicht, daß auch der Gläubiger zu einer Diligenz rücksichtlich der ungeschmälerten Erhaltung dieser Klagen verbunden ist. Das Gegenteil wird auch in den Quellen ausdrücklich ausgesprochen (vgl. l. 21 i. f. l. 22. l. 32 Dig. de pact. 2, 14 und insbesondere l. 15 §. 1 Dig. de fidej. 46, 1). Dieser Rechsstand hat sich nun allerdings dadurch geändert, daß in der Nov. 4 cap. 1 dem Bürgen die Einrede der Vorausklage gewährt worden ist. Obwohl dies nicht unbestritten ist,[1]

[1] Vgl. die Pandektenlehrbücher von v. Bangerow, Bd. 3 §. 578 Anm. 4; Puchta, §. 405; Arndts, §. 357 Note 2; Windscheid, §. 478 Note 10 und die dort angeführte Litteratur. A. M.: Jäger in der Zeitschrift für Civilrecht und

so muß doch mit der gemeinen Meinung angenommen werden, daß, wenn der Gläubiger es schuldhafterweise unterlassen hat, den Hauptschuldner zu belangen und sich von diesem die Befriedigung seiner Forderung zu verschaffen, die an sich nur verzögerliche Einrede der Vorausklage den Charakter einer zerstörlichen Einrede annimmt. Ist aber seit der Nov. 4, wenigstens dem gewöhnlichen Bürgen gegenüber, — ob auch im Verhältnisse zum selbstschuldnerischen Bürgen, kann hier unentschieden bleiben — insoweit eine Verpflichtung des Gläubigers zur Diligenz anzuerkennen, so erscheint es nur folgerichtig, den Gläubiger auch zur sorglichen Bewahrung der Klagerechte, welche er hat, für verpflichtet zu erachten. Es hatte daher auch im vorliegenden Falle der Kläger als Bürge die Ansprüche, welche er gehabt hat, dem Rückbürgen zu erhalten, und er hatte dafür einzustehen, daß diese Ansprüche nicht durch seine Schuld verloren gingen. Das Berufungsgericht geht aber zu weit, wenn es annimmt, es sei der Kläger auch verpflichtet gewesen, im Interesse des Rückbürgen sich die Klagen bei der Zahlung vom Gläubiger abtreten zu lassen. Es würde damit dem Kläger zugemutet werden, das Recht, welches er hatte, nicht bloß zu bewahren, sondern auch auszuüben; es müßte alsdann auch konsequent vom Kläger gefordert werden können, daß er bei einer etwaigen Weigerung des Gläubigers diesen im Prozeßwege zur Abtretung zwinge, obwohl er persönlich kein Interesse an der Abtretung der Klage hat. Eine derartige Verpflichtung läßt sich aber weder aus den positiven Gesetzen noch aus den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehre ableiten.

Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 312, Bd. 31 Nr. 33.

Der Kläger hat nie mehr Rechte gehabt als

1. den Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner aus der negotiorum gestio, bezw. aus dem Mandate;

2. das Recht, vom Gläubiger die Abtretung der dem letzteren gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen zustehenden Ansprüche zu verlangen.

Prozeß Bd. 5 S. 231 und v. Bothmer bei Gans, Zeitschrift für Civilrecht und Kriminalrecht im Königreiche Hannover Bd. 1 S. 15. Aus der Praxis: Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 41, Bd. 7 Nr. 34. 311. 312, Bd. 20 Nr. 36, Bd. 31 Nr. 33.

D. E.

Das ersterwähnte Recht steht dem Kläger noch zu; er ist auch bereit, dasselbe dem Beklagten abzutreten. Auch das letztere zu cedieren ist er erbötig, falls ihm solches Recht zustehe.

Es fragt sich aber, ob der Kläger das Recht noch besitzt und daher noch in der Lage ist, dasselbe an den Beklagten abtreten zu können? Wäre die Frage zu verneinen, dann würde weiter zu prüfen sein, ob der Kläger durch sein Verschulden den Untergang dieses Rechtes herbeigeführt habe. Ist dagegen die Frage zu bejahen, dann wird die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Summe gegen die vom Kläger zu bewirkende Abtretung jener Rechte auszusprechen sein.

Die Frage mußte aber im letzteren Sinne beantwortet werden, da, abweichend vom Berufungsgerichte, angenommen werden muß, daß auch nach der vorbehaltlosen Zahlung eines Bürgen die Abtretung der Forderungen gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen noch gefordert werden kann.

Es handelt sich hier allerdings um eine alte Streitfrage,[1] welche sich anknüpft an die l. 76 Dig. de solut. 46, 3 und die l. 36 Dig. de fidej. 46, 1. In dem Falle der l. 76 a. a. O. nimmt ein bisheriger Mündel einen Mitvormund aus der geführten Tutel in Anspruch. Es wird dabei ausgesprochen, daß, wenn der Mitvormund gezahlt habe, ohne sich die Abtretung der Klagen auszubedingen, dann eine spätere Klagenabtretung wirkungslos sei, weil die Ansprüche gegen die Mitvormünder durch die Zahlung untergegangen seien. Sei aber bei der Zahlung die Abtretung der Klagen abgemacht, dann sei die Zahlung als Kaufpreis für die abzutretenden Klagen anzusehen. In scheinbarem oder wirklichem Widerspruche damit wird in der l. 36 a. a. O. entschieden, daß auch nach der Zahlung durch einen Bürgen die Abtretung der Klagen gegen den Hauptschuldner und die Mitbürgen noch möglich

[1] Vgl. über die Geschichte dieser Kontroverse: Girtanner, Bürgschaft S. 217 flg. 251 flg. Für die hier vertretene Ansicht: Girtanner, a. a. O. S. 535 flg.; Hasenbalg, Bürgschaft S. 417; Arndts, Pandekten (in den neueren Auflagen) §. 356 Anm. 2; ferner die Urteile bei Seuffert, Archiv Bd. 7 S. 313, Bd. 17 Nr. 40, Bd. 22 S. 142. A. M.: Mühlenbruch, Cession S. 445 flg.; Seuffert, Pandekten Bd. 2 §. 385 Note 26; Puchta, Pandekten §. 405 Note 5 und Vorlesungen, §. 282 a. E. und die Urteile bei Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 117, Bd. 22 Nr. 238, Bd. 28 Nr. 225. D. E.

sei. Der Jurist macht dabei sich selbst den Einwand, ob denn nicht diese Klagen durch die Zahlung untergegangen seien; er hält aber dies Bedenken für unbegründet, weil die Zahlung als Kaufpreis der Forderungen anzusehen sei („non enim in solutum accipit, sed quodam modo nomen debitoris vendidit"). Eine weitverbreitete Meinung sieht die l. 76 a. a. O. für das entscheidende Gesetz an und glaubt, daß die l. 36 a. a. O. damit nicht im Widerspruche stehe, da man annehmen müsse, daß auch in dem Falle der l. 36 a. a. O. der Bürge sich bei der Zahlung die Abtretung der Klage vorbehalten habe. Diese Unterstellung erscheint indes willkürlich. Wäre wirklich einem solchen Vorbehalte eine entscheidende Bedeutung beizulegen, so wäre es ganz unerklärlich, daß der Jurist bei der Erörterung des von ihm aufgeworfenen Bedenkens diesen wesentlichen Umstand hervorzuheben unterlassen hätte. Bei dieser Sachlage wird man annehmen dürfen, daß in der l. 36 a. a. O. eine, wenn auch nicht allgemeine, so doch wenigstens für den Fall der Bürgschaft für gerechtfertigt erachtete Fortentwickelung, bezw. eine Erweiterung der schon in der l. 76 a. a. O. statuierten Ausnahme von dem Grundsatze enthalten ist, nach welchem mit der Befriedigung des Gläubigers seitens eines Verpflichteten auch die Forderung desselben gegen die übrigen Mitverpflichteten untergeht. Wenn das Gesetz, wie mit Recht auf Grund der l. 76 a. a. O. allseitig angenommen wird, dem bloßen Vorbehalte des zahlenden Korrealschuldners die Wirkung beilegt, daß die von diesem geleistete Zahlung als Kaufpreis für die abzutretenden Forderungen gelten soll, ungeachtet in den weitaus meisten Fällen der Wille der Kontrahenten nicht auf den Abschluß eines Kaufvertrages gerichtet sein wird, so kann es nicht auffallend erscheinen, daß für den Fall der Bürgschaft in der l. 36 a. a. O., um den Untergang der Forderungen im Interesse des Bürgen zu vermeiden, die Zahlung des Bürgen auch ohne eine dahin gerichtete Erklärung des Bürgen als Zahlung des Kaufpreises für die noch abzutretenden Forderungen angesehen wird. Denn gerade bei dem Bürgen, welcher regelmäßig eine ihm fremde Schuld tilgt, wird man ohne weiteres unterstellen dürfen, daß er zahlt mit der Absicht, demnächst gegen den Hauptschuldner und etwa vorhandenen Mitbürgen seinen Regreß zu nehmen.

Hiernach hat aber der Kläger auch jetzt noch das Recht, die Abtretung der Klagen, welche dem Gläubiger gegen den Hauptschuldner und den Mitbürgen zustehen, zu verlangen in eben demselben Maße,

wie wenn er sich bei der Zahlung die Abtretung der Klagen ausdrücklich vorbehalten hätte. Dieses Recht ist er verpflichtet, bei der Zahlung an den Beklagten abzutreten. Er ist aber nicht verpflichtet, die Klagen des Gläubigers selbst abzutreten, weil er nach den obigen Ausführungen nicht genötigt werden kann, die Abtretung dieser Klagen an ihn im Interesse des Rückbürgen zu betreiben, andererseits aber diese Klagen auch nicht ipso jure auf ihn übergegangen sind.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 7 S. 314, Bd. 2 S. 167." ...

---

49. Hat derjenige, welcher in Gemeinschaft mit einem Anderen in einer in Preußen verbotenen Lotterie gespielt hat, eine Klage auf Herausgabe der Hälfte des auf das Los gefallenen, von jenem erhobenen Gewinnes?

III. Civilsenat. Urt. v. 7. Dezember 1886 i. S. G. (Kl.) w. N. (Bekl.) Rep. III. 128/86.

I. Landgericht Hannover.
II. Oberlandesgericht Celle.

Der Kläger behauptet, daß er mit der Beklagten, als dieselbe Ende Februar 1885 $^1/_8$ des Loses Nr. 74950 der Braunschweiger Landeslotterie in der 3. Klasse von dem Lotteriekollekteur K. gekauft, vereinbart habe, dasselbe mit ihr gemeinschaftlich zu spielen, und daß er seinen Anteilsbetrag für den Ankauf des Loses bezahlt habe. Ein Gewinn sei auf das Los nicht gefallen. Die Beklagte habe darauf für die 4. Klasse wiederum $^1/_8$ desselben Loses erworben, und Kläger habe auch hierzu wiederum seinen Anteilspreis sofort bar entrichtet. Ende März ist auf dies $^1/_8$ Los ein Gewinn gefallen, nach der Behauptung des Klägers in Höhe von 5312,50 ℳ; nach derjenigen der Beklagten in Höhe von 5000 ℳ.

Der Kläger fordert mit der erhobenen Klage von der Beklagten die Auszahlung der Hälfte des von ihr erhobenen Gewinnes.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen abgewiesen. Die hiergegen vom Kläger eingelegte Revision ist verworfen aus folgenden

Gründen:

„Nach dem auf den vorliegenden Fall noch anwendbaren Artikel IV der Königlich preußischen Verordnung vom 25. Juni 1867 verfällt der Strafe des §. 268 des damaligen preußischen Strafgesetzbuches, wer in auswärtigen Lotterieen, die nicht mit Königlicher Genehmigung in Preußen besonders zugelassen sind, spielt. Da die Braunschweiger Lotterie im Königreiche Preußen nicht zugelassen ist und im §. 268 preuß. St.G.B.'s eine Geldstrafe bis zu 500 Thlrn. angedroht war, so machte sich ein Preuße, welcher gegen dies Verbot in der Braunschweiger Lotterie spielte, einer strafbaren Handlung schuldig, welche nach der Terminologie des Reichsstrafgesetzbuches (§. 1) als ein Vergehen sich darstellt. Zu demselben Ergebnisse würde man übrigens, wie hier beiläufig bemerkt werden mag, auch dann gelangen, wenn das preußische Gesetz vom 29. Juli 1885 (G.S. S. 317) schon auf den vorliegenden Fall zur Anwendung zu bringen wäre. Hiernach kann es für das Gebiet des gemeinen Rechtes nach l. 5 pr. Cod. de leg. 1, 14 und nach l. 6 Cod. de pact. 2, 3 zunächst nicht zweifelhaft sein, daß ein Spielvertrag, welcher gegen die in dem fraglichen Strafgesetze enthaltene Verbotsnorm verstößt, nichtig ist, wie dies auch bereits in dem Urteile des III. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 12. Juli 1881,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 128,

ausgesprochen ist. Ebensowenig zweifelhaft ist es aber auch nach l. 57 Dig. pro socio 17, 2, daß ein zum Zwecke des Spielens in einer nicht zugelassenen auswärtigen Lotterie abgeschlossener Sozietätsvertrag nichtig ist. Daraus ergiebt sich unmittelbar, daß die vorliegende auf den Gesellschaftsvertrag gestützte Klage unbegründet ist.

Es ist zwar vielfach die Meinung vertreten worden, daß doch, wenn ein Gewinn, welcher auf das Los gefallen, an den einen sogenannten Gesellschafter ausgezahlt worden ist, der andere eine Klage auf die Gewährung seines Gewinnanteiles habe. Man hat sich dabei zum Teil, wo die Sachlage dies gestattete, auf das beiden Gesellschaftern an dem Gewinne zustehende Miteigentum berufen, zum Teil darauf Gewicht gelegt, daß der Staat doch den Gewinn zu behalten gestatte und denselben nicht der Konfiskation unterziehe, endlich auch geltend gemacht, daß es sich bei dem Spielen in auswärtigen Lotterieen doch nicht um ein schimpfliches Thun handele, zumal wenn der verbietende Staat selber eine gleichartige Lotterie veranstalte und nur aus finanz-

politischen Gründen das Spielen in der auswärtigen Lotterie unter Strafe stelle. Allein alle diese Gründe sind nicht geeignet, die gegenteilige Ansicht zu begründen.

Zunächst kann hier dahingestellt bleiben, wie sich die Beurteilung der Sache gestalten würde, wenn die Klage auf ein Miteigentum an dem Gewinne gestützt worden wäre. Denn nach den Feststellungen der Instanzrichter ist nicht anzunehmen, daß der Kläger Miteigentümer des Geldes geworden ist. Da die Sozietät ungültig ist und ebenso ein, übrigens gar nicht behaupteter Auftrag zur Erhebung des Geldes nach l. 6 §. 3 Dig. mandati 17, 1 nichtig sein würde, so ist nicht abzusehen, wie mangels eines zwischen den Parteien bestehenden gültigen Stellvertretungsverhältnisses ein Miteigentum des Klägers allein durch die Thatsache, daß die Beklagte das Geld in Empfang genommen hat, begründet werden könnte. Die Klage ist denn auch nur darauf gestützt, daß Kläger nach Erwerb des Loses durch die Beklagte mit ihr das gemeinschaftliche Spielen dieses Loses verabredet habe, und daß auf Grund dieser Verabredung die Beklagte verpflichtet sei, die Hälfte des auf das Los gefallenen Gewinnes herauszugeben. Es ist also die Klage aus dem Gesellschaftsvertrage hier angestellt, diese ist aber unbegründet, weil, wie gezeigt, dieser Vertrag selbst nichtig ist.

Der Umstand, daß der Staat den Gewinn zu behalten gestattet, und denselben der Konfiskation nicht unterzieht — eine Behauptung, deren Richtigkeit hier dahingestellt bleiben kann[1] — vermag an der Sachlage nichts zu ändern. Abgesehen davon, daß dasselbe bei vielen unsittlichen und selbst verbrecherischen Handlungen der Fall ist, wo niemand den geringsten Zweifel haben würde, daß der Richter seine Mitwirkung zur Ausgleichung des aus der unsittlichen oder verbrecherischen Handlung gezogenen Gewinnes unter den Teilnehmern zu versagen hätte, wird damit nicht widerlegt, daß eine zum Zwecke der Begehung einer strafbaren Handlung eingegangene Sozietät nichtig und eine Klage aus derselben nicht gegeben ist.

Ferner ist es aber auch von keiner Erheblichkeit, daß das Spielen in einer auswärtigen Lotterie an sich nicht als eine sittlich verwerfliche Handlung erscheinen mag, und daß der Grund des Strafverbotes, wenigstens in Staaten, welche selbst eine Staatslotterie veranstalten,

[1] Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 17 S. 299. D. R.

einzig und allein in der Finanzpolitik zu suchen ist. Denn dieser Grund vermag die Thatsache nicht zu beseitigen, daß die Übertretung dieses Verbotes eine strafbare Handlung, ein maleficium im Sinne der citierten l. 57 pro socio bildet, und daß eine zu solchem Zwecke eingegangene Gesellschaft nichtig ist. Mag es zu weit gehen, wenn behauptet worden ist, daß jede Handlung, welche gegen das Gesetz verstößt, im Rechtssinne ein factum turpe sei,

vgl. Seuffert, Archiv Bd. 2 S. 162,

so lassen die Quellen darüber doch keinen Zweifel, daß sie einem Vertrage, welcher gegen eine Strafnorm verstößt, keine größere Wirksamkeit beilegen, als einem gegen die guten Sitten verstoßenden Vertrage (vgl. l. 6 Cod. de pactis 2, 3: Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est). Dementsprechend wird denn auch in der oben zitierten l. 57 die societas, welche zum Zwecke der Begehung einer strafbaren Handlung eingegangen (si maleficii societas coita sit) und als solche nichtig ist, der societas gegenübergestellt, welche zu einem ehrenhaften und erlaubten Zwecke abgeschlossen wird (si honestae et licitae rei societas coita sit). Es genügt deshalb nicht, daß der Gesellschaftszweck (res) ein an sich nicht den guten Sitten zuwiderlaufender (honesta) ist, er muß auch ein von den Gesetzen erlaubter (licita) sein.

Endlich mag noch ein Bedenken berührt werden, welches sich vielleicht aus dem Ergebnisse entnehmen ließe, zu dem man bei der hier vertretenen Auffassung gelangt. Es kann zugegeben werden, daß es wenig Befriedigendes hat, wenn hiernach unter Umständen der eine sogenannte Gesellschafter den Gewinn allein bezieht. Demgegenüber ist aber darauf hinzuweisen, daß sich hier zwei Teilnehmer an einer strafbaren Handlung gegenüberstehen, und daß es nicht die Aufgabe der richterlichen Thätigkeit sein kann, darüber zu entscheiden, ob und wie der aus einer strafbaren Handlung gezogene Gewinn unter ihnen zu verteilen ist. Es würde dies auch schwerlich von jemandem bestritten werden, wenn es sich z. B. um eine Ausgleichung zwischen Dieben, Schmugglern ꝛc bezüglich des von ihnen aus ihren Straftaten gezogenen Gewinnes handeln würde. Daß in Fällen der vorliegenden Art strafbare Handlungen in Frage stehen, welche vielleicht nach dem Sittenkodex als unehrenwerte nicht erscheinen, kann zu einer anderen Auffassung nicht führen. Denn trotzdem würde die Thatsache

bestehen bleiben, daß der Richter bei der entgegenstehenden Auffassung genötigt würde, dazu mitzuwirken, daß der Gewinn, den die Genossen aus einer strafbaren Handlung gezogen haben, unter sie verteilt werde. Eine Mitwirkung dieser Art liegt aber außerhalb der Aufgaben, welche die Rechtspflege zu erfüllen hat."

50. Kann ein ausgeschiedener Gesellschafter für eine bestimmte Saldoforderung aus einem Kontokorrentverhältnisse in Anspruch genommen werden, wenn der Kontokorrentverkehr zwischen der Gesellschaft und dem Dritten nach dem Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters fortgesetzt und jener Saldo in neue Rechnung übertragen, auch durch eine weitere Saldoziehung ausgeglichen ist?

III. Civilsenat. Urt. v. 1. Februar 1887 i. S. der Koburg-gothaischen Kreditgesellschaft (Kl.) w. Pf. (Bekl.) Rep. III. 218/86.

I. Landgericht Koburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht Jena.

In New York bestand eine Handelsgesellschaft unter der Firma St., Pf. & Co. mit einer Zweigniederlassung in Koburg. Letztere ist am 31. Mai 1878 in das Handelsregister für Koburg eingetragen und es sind als Inhaber derselben bezeichnet: Oskar St. zu Koburg und Georg Franz Pf. und Georg B. in New York. Zwischen dieser Firma und der koburg-gothaischen Kreditgesellschaft, der jetzigen Klägerin, bestand ein Kontokorrentverhältnis. Es wurden regelmäßig halbjährlich Auszüge des Kontos von der Klägerin der Firma übersandt und nach deren Prüfung von dieser anerkannt. Laut Eintrages im Handelsregister für Koburg vom 31. August 1880 sind die beiden Mitinhaber der Firma Georg Franz Pf. und Georg B. am 1. Juli 1880 aus der Gesellschaft ausgetreten und ist die Firma in Oskar St. & Co. mit Oskar St. als alleinigem Inhaber der Zweigniederlassung verändert worden. Bereits früher ist durch einen von den Parteien anerkannten und von Oskar St. und Georg B. unterzeichneten Brief d. d. Koburg den 30. Juni 1880 an die koburg-gothaische Kreditgesellschaft unter Mitteilung eines Zirkulares das Ersuchen gerichtet worden, Briefe,

Geld- und Paketsendungen vom 1. Juli l. J. ab an die neue Firma Oskar St. & Co. in Koburg zu adressieren und auch gleichzeitig das Konto von der früheren Firma per 1. Juli auf die neue übertragen zu wollen. Am 1. Juli 1880 wurde auch der am 30. Juni 1880 für die frühere Firma sich ergebende (Passiv-) Saldo mit 97 374 ℳ von der Klägerin auf die neue Firma Oskar St. & Co. übertragen. Es wurde sodann das Kontokorrentverhältnis zwischen der Klägerin und der neuen Firma fortgesetzt, dieser halbjährlich Rechnungsauszug übersandt und nach jeweiliger Anerkennung desselben der sich ergebende Saldo auf die Firma Oskar St. & Co. vorgetragen.

Im Sommer 1884 verfiel die Firma in Konkurs. Die Klägerin beansprucht nun in der jetzt erhobenen Klage von dem Beklagten als früherem Mitinhaber der Firma St., Pf. & Co. Zahlung des Saldos vom 30. Juni 1880 mit 97 374 ℳ nebst Zinsen.

Der Beklagte hat der Klage unter anderem die Einrede entgegengesetzt, daß die Forderung, wie sie bei seinem Austritte aus der Gesellschaft bestanden habe, durch spätere Rimessen getilgt und daß dieselbe jedenfalls durch Novation untergegangen sei, weil die Klägerin den damaligen Saldo der früheren Firma ohne Vorbehalt auf die neue Firma übertragen habe.

Die erhobene Klage ist in beiden Vorinstanzen abgewiesen und die gegen das Berufungsurteil von der Klägerin eingelegte Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Ob der erste Grund des Berufungsgerichtes richtig ist, kann hier unerörtert bleiben, da der zweite Grund desselben, daß mit der Übertragung eines anerkannten Saldos auf neue Rechnung bei einer Fortsetzung des Kontokorrentenverkehres der frühere Saldo als selbständige Forderung untergegangen sei, zu billigen ist, und dieser Grund die angefochtene Entscheidung trägt.

Das Wesen des auf gegenseitige Kreditgewährung gerichteten Kontokorrentvertrages besteht darin, daß, wie dies auch bereits wiederholt vom Reichsgerichte ausgesprochen ist,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 S. 19, Bd. 10 S. 53,

die Absicht beider Teile darauf gerichtet ist, daß die von den Kontrahenten auf Grund des Kontokorrentvertrages gemachten einzelnen Leistungen auf jeder Seite innerhalb der einzelnen Rechnungsperiode

ein Ganzes bilden, dergestalt, daß erst nach Abschluß der einzelnen Periode durch eine Vergleichung der Gesamtsumme des Kredits mit derjenigen des Debets das Schlußergebnis in Gestalt des für den Einen oder den Anderen sich ergebenden Saldos ermittelt und damit zugleich festgestellt werden soll, wer der Gläubiger bezw. Schuldner des eine selbständige Forderung begründenden Saldos ist. Da der Wille der Parteien von vornherein auf die Begründung dieser Obligation auf den Saldo gerichtet ist, so folgt daraus, daß die während der Dauer einer einzelnen Rechnungsperiode von der einen oder der anderen Seite auf Grund des Kontokorrentvertrages gemachten Leistungen eine selbständige juristische Bedeutung nicht haben können; sie sind weder Zahlungen auf die von der Gegenseite gemachten Leistungen, noch auch geeignet ein selbständig geltend zu machendes Forderungsrecht zu begründen, wie dies der Fall wäre, wenn man sie ohne Rücksicht auf den Kontokorrentvertrag zu beurteilen hätte. Innerhalb des Kontokorrentvertrages haben die einzelnen Leistungen lediglich die Bedeutung arithmetischer Faktoren für das in dem Saldo sich darstellende Schlußergebnis. Nur dieses — der Saldo — bildet das Objekt der aus dem Kontokorrentvertrage entspringenden Forderung. Hierüber besteht im allgemeinen auch kein Streit.

Vgl. Levy, Die Lehre vom Kontokorrent, in der Übersetzung von Rießer, S. 100 flg.; Grünhut in seiner Zeitschrift Bd. 3 S. 505 flg.; v. Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuche Anm. zum Art. 291 und die dort sich findenden weiteren Nachweisungen aus der Doktrin und Praxis.

Zieht man aus diesen aus dem Wesen des Kontokorrentvertrages sich ergebenden Sätzen die Konsequenzen, so wird man zunächst nicht annehmen können, daß in der gemeinsamen Feststellung beziehungsweise in der Anerkennung eines Saldos eine Novation der einzelnen Kontokorrentposten liegt. Denn da diese letzteren als selbständige Forderungen innerhalb des Kontokorrentes überhaupt nicht in Betracht kommen, sondern nur Bedeutung haben als Rechnungsfaktoren der Forderung auf den Saldo, welche durch den Kontokorrentvertrag begründet wird, so fehlt es an einer bestimmten und bestimmbaren Forderung, welche durch die Feststellung des Saldos noviert werden soll. Es bedarf diese Frage indes keiner weiteren Erörterung, da im vorliegenden Falle nicht bloß eine Anerkennung des Saldos vorliegt, sondern weiter festgestellt ist,

daß der anerkannte Saldo per 30. Juni 1880 bei der Fortsetzung des Kontokorrentverkehres zwischen der Klägerin und der Firma Oskar St. & Co. auf neue Rechnung vorgetragen ist und in gleicher Weise der Verkehr unter halbjährlichen Abschlüssen noch mehrere Jahre fortgedauert hat.

Mit Recht ist bereits in dem oben allegierten Urteile des Reichsgerichtes[1],

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 54,

ausgeführt, daß, wenn der Saldo eines Kontokorrentes anstatt bezahlt, nach gegenseitiger Übereinkunft beider Kontrahenten in die neue Rechnung übertragen wird, damit zwar der Kontokorrentverkehr, nicht aber der frühere Kontokorrent fortgesetzt, sondern mit der neuen Rechnung auch ein neuer Kontokorrent eröffnet wird. Hat man aber hiervon auszugehen, so muß man auch der Übertragung des Saldos der alten in die neue Rechnung die Wirkung beilegen, daß die bisherige selbständige Saldoforderung infolge der Eintragung in die neue Rechnung dieses ihres selbständigen Charakters entkleidet und jeder anderen in die Rechnung eingetragenen Forderung gleichgestellt wird. Sie fällt damit unter den diesen neuen Kontokorrent beherrschenden Vertragswillen der Kontrahenten und wird danach wieder ein einzelner Faktor der neuen Rechnung, durch deren demnächstigen Abschluß erst eine neue selbständige Forderung für den einen oder anderen Teil begründet werden soll. Ob man diese Wirkung auf eine Novation im Sinne des gemeinen Rechtes zurückführen kann, mag allerdings zweifelhaft sein, weil durch die Eintragung nicht sowohl eine neue Forderung, als vielmehr nur ein Faktor für die mit dem Abschlusse des neuen Kontokorrentes zur Entstehung gelangende neue Saldoforderung begründet wird. Jedenfalls aber hat die Eintragung in die neue Rechnung das mit der Novation gemein, daß sie wie diese in bezug auf die alte Forderung liberatorisch wirkt. Die selbständige Geltendmachung der alten Saldoforderung ist mit der unter Zustimmung beider Teile erfolgten Übertragung derselben in die neue Rechnung unmöglich geworden. Auch läßt sich mit Grund nicht behaupten, daß wenn der Saldo der neuen Rechnung größer oder

[1] Vgl. gegen dies Urteil und die daraus für die vorliegende Frage in dem hier mitgeteilten Urteile gezogenen Konsequenzen: Rießer in den Verhandlungen des 18. deutschen Juristentages Bd. 1 S. 9 flg. und in seinem Handelsrechtpraktikum S. 134 Note 3 und S. 138 Note 1. D. E.

kleiner ist, als derjenige der vorhergehenden Rechnung, dieser letztere ganz oder teilweise in dem Saldo der neuen Rechnung enthalten sei. Denn sowenig sich nachweisen läßt, daß irgend ein bestimmter einzelner Kontokorrentposten des alten Kontokorrentes in dem Saldo desselben noch ungetilgt enthalten sei, weil ja dieser Saldo nicht durch Aufrechnung bestimmter einzelner Posten der Kreditseite mit bestimmten einzelnen Posten der Debetseite, sondern auf rein arithmetischem Wege durch Abzug der Gesamtsumme aller Posten der einen von der Gesamtsumme aller Posten der anderen Seite gewonnen wird, sowenig begründet würde es sein, für den auf neue Rechnung vorgetragenen Saldo eine Ausnahme machen zu wollen, da auch der Saldo der neuen Rechnung nur das arithmetische Ergebnis des neuen Kontokorrentes bildet, für welches der vorgetragene alte Saldo, wie jeder andere Kontokorrentposten, nur ein mitwirkender Faktor gewesen ist.

Diese Sätze müssen im vorliegenden Falle mit Notwendigkeit zu einer Abweisung der Klage führen. Allerdings haftete der Beklagte für den Saldo, welcher sich aus der Rechnungsperiode vom 1. Januar bis 30. Juni 1880 ergab. Dieser Saldo verlor aber seinen Charakter als selbständig geltend zu machende Forderung dadurch, daß er unter gegenseitiger Zustimmung auf die neue Rechnung übertragen wurde. Die Forderung als solche war damit konsumiert, indem sie fortan nur als Kontokorrentposten für das Ergebnis des neuen Kontokorrentvertrages mit der Firma Oskar St. & Co., deren Teilhaber der Beklagte nicht war, Bedeutung hatte.

Wollte man aber auch der bloßen Eintragung in die neue Rechnung diese Wirkung noch nicht zuschreiben, so müßte dieselbe doch jedenfalls der gemeinsamen Feststellung des Saldos der neuen Rechnung beigelegt werden, da damit auch die Funktion des alten Saldos als Rechnungsposten des neuen Kontokorrentes erfüllt war und von einer Fortdauer derselben in dem neuen Saldo nach dem oben Bemerkten nicht die Rede sein kann.

War sonach durch die Übertragung des Saldos per 30. Juni 1880 auf die neue Rechnung und jedenfalls durch die Feststellung des Saldos dieser letzteren Rechnung die Forderung auf den Saldo per 30. Juni 1880 konsumiert, so entfällt damit die rechtliche Möglichkeit, diesen Saldo noch nachträglich gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter geltend zu machen." ...

51. Gehört zur Insinuation großer Schenkungen die persönliche Anwesenheit der Kontrahenten oder genügt die Anwesenheit eines von den Kontrahenten für den Akt der Insinuation aufgestellten Spezialbevollmächtigten?

III. Civilsenat. Urt. v. 21. Juni 1887 i. S. L. (Bekl.) w. St. (Kl.) Rep. III. 69/87.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

. . . „Was die formellen Voraussetzungen der in Frage stehenden Schenkung betrifft, so erscheinen die Erfordernisse einer rechtsgültigen Insinuation gewahrt. Der Schenkungsvertrag wurde dem Gerichte im Originale mit der Bitte überreicht, solchen zu den Gerichtsakten zu nehmen, und das Gericht hat dieser Bitte entsprochen, ein Protokoll darüber aufgenommen und dasselbe samt dem beigelegten Vertragsdokumente bei den Gerichtsakten verwahrt. Damit sind nach Ansicht des Reichsgerichtes

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 132 und Bd. 6 S. 183

die Formen der gerichtlichen Insinuation von Schenkungen gewahrt, und nur darüber kann noch Zweifel bestehen, ob die Überreichung und Antragstellung durch die Kontrahenten in Person geschehen mußte, oder ob, was das Reichsgericht annimmt, hierzu der von denselben aufgestellte Spezialbevollmächtigte befähigt war.

Nach heutiger Rechtsanschauung ist eine Stellvertretung bei Rechtsgeschäften überall für zulässig zu erachten, wo nicht die Natur des Geschäftes oder ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen eine Ausnahme vorschreiben. Durch die Natur der Sache würde bei Insinuationen großer Schenkungen die Stellvertretung allerdings ausgeschlossen und die persönliche Anwesenheit der Beteiligten geboten erscheinen, wenn mit dem Insinuationsakte eine causae cognitio seitens des Gerichtes, insbesondere eine Untersuchung über den Inhalt und die Ernstlichkeit des Schenkungswillens zu verbinden wäre. In früheren Entscheidungen des Reichsgerichtes

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6. S. 183

ist aber bereits ausgesprochen, daß die gerichtliche Insinuation von Schenkungen bezweckt, einen öffentlichen Beweis des Schenkungsaktes herzustellen. Dieser Beweis liegt in der Aufnahme eines gerichtlichen Protokolles über den Akt der Insinuation, und er kann folgerichtig erreicht werden ebensowohl durch persönliche Übergabe der Schenkungsurkunde als durch deren Vorlage seitens eines in gehöriger Weise bestellten Spezialbevollmächtigten. Hiervon ausgehend, hat das Reichsgericht in einem früher entschiedenen Falle die Anwesenheit des Beschenkten vor Gericht für erforderlich nicht angesehen; es nimmt aber auch keinen Anstand die persönliche Mitwirkung des Schenkers als unwesentlich zu erklären. Besondere Bestimmungen, welche ähnlich wie bei Errichtung gerichtlicher Testamente ein persönliches Erscheinen des Schenkers ausdrücklich erforderten, sind im Gesetze nicht enthalten, aus allgemeinen Gründen aber ist bei dem vorhin angegebenen Zwecke der Insinuation nicht zu folgern, daß nicht auch die persönliche Überreichung der Schenkungsurkunde seitens des Schenkers selbst, durch einen mit legaler Spezialvollmacht ausgestatteten Stellvertreter ersetzt werden könnte.

Schließlich ist noch anzuführen, daß dieser gemeinrechtliche Grundsatz im Bezirke des vormaligen Kurfürstentumes Hessen um so unbedenklicher in Anwendung gebracht werden kann, als nach den dort geltenden Partikulargesetzen selbst die Errichtung gerichtlicher Testamente und die zur Gültigkeit der Schenkungen von Todes wegen erforderliche gerichtliche Anzeige durch Spezialbevollmächtigte erfolgen kann.

Vgl. Wagner, Grundzüge der Gerichtsverfassung §§. 1055—1052. 1126."

---

52. Rechtliche Natur des Erbpachtverhältnisses. Kann, wenn ein zu einem Gute gehöriges Grundstück in Erbpacht ausgegeben ist, das Recht auf Bezug der Erbpacht von dem Gute abgetrennt werden?

III. Civilsenat. Urt. v. 24. Juni 1887 i. S. Sch. (Kl.) w. v. M. (Bekl.) Rep. III. 63/87.

I. Landgericht Oldenburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Erblasser der Beklagten war Eigentümer des im Herzogtume Oldenburg belegenen adeligen Gutes M. Nachdem er nach und nach die meisten zu demselben gehörigen Grundstücke veräußert hatte, veräußerte er im Jahre 1852 auch den Rest der Grundstücke mit dem Gutshause; bei allen diesen Veräußerungen traf er die Bedingung, daß er die an das Gut zu entrichtenden Grundheuern und dergleichen Gefälle sich für seine Person und seine Erben vorbehalte. In früherer Zeit war ein zu dem Gute gehöriges Grundstück durch einen zwischen dem damaligen Gutsherrn und dem damaligen Eigentümer einer benachbarten Bauernstelle abgeschlossenen Erbpachtkontrakt dem letzteren gegen eine jährliche Erbpacht von 83 Thalern und einen in Besitzveränderungsfällen zu zahlenden Weinkauf von 40 Thalern in Erbpacht gegeben worden; näheres ist über die Zeit des Abschlusses dieses Vertrages und dessen Inhalt nicht bekannt. Diese Bauernstelle mit dem gedachten Erbpachtstücke gehört jetzt den Klägern. Die früher immer an den jeweiligen Gutseigentümer geschehene Zahlung der Erbpacht bezw. des Weinkaufes wurde auch nach dem Jahre 1852 fortwährend an den Erblasser der Beklagten und nach dessen Tode an die Beklagten geleistet, bis im Jahre 1884 die Kläger die fernere Zahlung verweigerten und darauf die gegenwärtige Klage erhoben, in welcher sie beantragten, festzustellen, daß sie nicht verpflichtet seien, diese Gefälle an die Beklagten zu entrichten. Zur Rechtfertigung ihrer Klage beriefen sie sich auf den von dem Reichsgerichte bei Entscheidung einer früheren Prozeßsache der jetzigen Beklagten,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 12 Nr. 50 S. 201,

aufgestellten Rechtssatz, daß eine aktivreale Reallastberechtigung nicht einseitig durch den Eigentümer des berechtigten Grundstückes von demselben abgetrennt und auf ein anderes Rechtssubjekt, insbesondere auch nicht auf seine eigene Person übertragen werden könne. Die Kläger behaupteten, daß auch vorliegend das Recht auf den Bezug der erbpachtlichen Gefälle ein aktivreales Recht sei, als dessen Subjekt daher nur das Gut M. erscheinen könne; sie bezogen sich zum Beweise hierfür auf eine amtliche Beschreibung der Güter dortiger Gegend vom Jahre 1752, in welcher bei Beschreibung des Gutes M. gesagt ist, daß die fragliche Erbpacht alljährlich „an das Gut" zu entrichten sei, und waren außerdem der Meinung, daß es Sache der Beklagten sei, die von ihnen behauptete aktivpersonale Natur des Rechtes zu beweisen.

— Während die angezogene reichsgerichtliche Entscheidung die aktivreale Natur des den dortigen Streitgegenstand bildenden Realrechtes daraus herleitet, daß dasselbe sich aus einem früheren gutsherrlichen Verbande herschreibe, ist in gegenwärtiger Sache unangefochten festgestellt, daß zwischen dem Gute M. und der jetzt den Klägern gehörigen Bauernstelle niemals ein gutsherrliches Verhältnis bestanden hat.

In den beiden Vorinstanzen abgewiesen, legten die Kläger Revision ein; dieselbe wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der Versuch der Kläger, mit Hilfe des in dem gedachten reichsgerichtlichen Urteile aufgestellten Rechtsgrundsatzes den Beklagten die Legitimation zum Bezuge der erbpachtlichen Gefälle, zu deren Entrichtung die Kläger aus dem bestehenden Erbpachtsverhältnisse unstreitig verpflichtet sind, zu bestreiten, beruht auf Verkennung der rechtlichen Natur eines Erbpachtverhältnisses. Wer ein ihm gehöriges Grundstück einem Anderen in Erbpacht giebt, entäußert sich hierdurch nicht seines Eigentumes an demselben. Während er dem Erbpächter ein alle Nutzungsbefugnisse eines Eigentümers umfassendes dingliches Recht an dem Grundstücke bestellt, welches man als das Nutzeigentum (dominium utile) zu bezeichnen pflegt, bleibt er dem sogenannten Obereigentum (dominium directum) nach Eigentümer desselben. Mit diesem Obereigentume des Erbverpächters sind die für ihn aus dem Erbpachtverhältnisse entspringenden Rechte — das Recht auf den Bezug der Erbpacht und des etwaigen Weinkaufes, sowie auch das ihm etwa für gewisse Fälle (Zahlungssäumigkeit des Erbpächters, Deterioration des Erbpachtstückes) zustehende Rückfallsrecht — untrennbar verknüpft, denn in diesen Rechten besteht gerade der ganze materielle Inhalt des ihm verbliebenen Obereigentumes. Veräußert er sein Obereigentum, so gehen hiermit von selbst auch alle diese Rechte auf den Erwerber über, und wenn umgekehrt in dem Veräußerungsvertrage nur das Recht auf die erbpachtlichen Gefälle als Gegenstand der Veräußerung bezeichnet ist, so ist hierdurch auch zugleich das mit diesem Rechte identische Obereigentum in der Veräußerung befaßt. Demnach ist die Person des Erbverpächters vermöge seines Obereigentumes, sowie die Person seines jeweiligen Nachfolgers im Obereigentume zugleich immer rechtsnotwendig der Inhaber und das Subjekt des Rechtes auf den Bezug der Erbpacht und des etwaigen Weinkaufes.

Hieraus ergiebt sich, daß ein Gutseigentümer, welcher ein zu seinem Gute gehöriges Grundstück in Erbpacht giebt, hiermit keineswegs ein Realrecht für das Gut als solches begründet. Er erwirkt das Recht auf den Bezug der Erbpacht ebenso, wie in allen anderen Fällen der Errichtung eines Erbpachtverhältnisses, für sich als den Obereigentümer des Erbpachtstückes, und er kann über das ihm aus seinem Eigentume übriggebliebene Obereigentum nebst diesem in demselben enthaltenen Rechte nach wie vor in ganz demselben Umfange verfügen, in welchem er vor dem Abschlusse des Erbpachtkontraktes über das noch in seinem vollen Eigentume stehende Grundstück disponieren durfte. Durch die Eingehung des Erbpachtverhältnisses ist aber die Zugehörigkeit des Grundstückes zu dem Gute nur insoweit berührt, als das Nutzeigentum daran durch die Übertragung auf den Erbpächter von dem Gute abgetrennt ist; im Sinne des dem Gutseigentümer verbliebenen Obereigentumes ist das Grundstück nach wie vor Bestandteil des Gutes und infolge hiervon ist auch das in dem Obereigentume befaßte Recht auf den Bezug der Erbpacht Bestandteil des Gutes. Der jeweilige Gutseigentümer ist jedoch kraft seines Eigentumsrechtes befugt, diesen Bestandteil des Gutes gleich jedem anderen Bestandteile desselben von demselben abzutrennen und separat zu veräußern, oder auch bei einer Veräußerung des übrigen Gutes separat für sich zurückzubehalten, soweit er nicht in dieser Befugnis durch landesrechtliche Zerstückelungsverbote beschränkt ist.

Hiermit ist die Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalles gegeben. Indem ein früherer Eigentümer des Gutes M. ein zu demselben gehöriges Grundstück in Erbpacht ausgab, erwarb er das Recht auf den Bezug der ausbedungenen Erbpacht und des Weinkaufes für sich als den Obereigentümer desselben. Das fragliche Recht wurde aber zugleich, dem bisherigen Verhältnisse des Erbpachtstückes entsprechend, zu einem Bestandteile des Gutes M. Demnach ging dasselbe bei allen späteren Vererbungs- oder Veräußerungsfällen fortwährend in dem Schicksale des Gutes mitinbegriffen auf die Person eines jeden späteren Gutseigentümers und zuletzt des Erblassers der Beklagten über, welcher, in seiner Verfügungsgewalt über das adelige Gut landesrechtlich durch kein Zerstückelungsverbot beschränkt, dasselbe bei der Veräußerung der sämtlichen Gutsgrundstücke unveräußert ließ, somit als nunmehr von dem Gute abgetrennt behielt und es demnächst auf seine Erben, die Beklagten, vererbte.

Mit diesen Ergebnissen steht auch die von den Klägern angerufene Notiz der Güterbeschreibung von 1752, nach welcher die Erbpacht an das Gut zu zahlen sei, bei richtigem Verständnisse in Einklang; denn wenn man in Betracht zieht, daß von derselben eine juristische korrekte Bezeichnung eines theoretisch komplizierten Rechtsverhältnisses nicht beanspruchtwerden kann, so kann man in ihr nicht mehr als eine Konstatierung der damaligen Zugehörigkeit des fraglichen Rechtes zu dem Gute erblicken. Müßte man aber mit den Klägern jene Notiz dahin verstehen, daß das Gut als das Subjekt des Rechtes auf den Bezug der Erbpacht bezeichnet worden sei, so würde nur folgen, daß der Verfasser der Güterbeschreibung die Natur dieses Erbpachtverhältnisses rechtsirrtümlich aufgefaßt habe." ...

---

53. Steht in betreff der Benutzung des Wassers eines öffentlichen Flusses den Mühlen ein Vorrecht vor den übrigen Gebrauchsberechtigten zu? Vorrecht der obrigkeitlich konzessionierten oder seit unvordenklicher Zeit bestandenen älteren Anlage vor der jüngeren?

III. Civilsenat. Urt. v. 8. Juli 1887 i. S. D. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. III. 81/87.

I. Landgericht Hildesheim.
II. Oberlandesgericht Celle.

Der Kläger ist Eigentümer einer an der Klunkau, einem öffentlichen Flusse, belegenen Wassermühle. Nach seiner Behauptung ist das Wasser des Flusses zum Betriebe dieser Mühle seit länger als Menschengedenken als ein Recht benutzt worden. Oberhalb seiner Mühle wurde etwa 1872 die Zuckerfabrik der beklagten Gesellschaft angelegt. Dieselbe entnimmt das zum Fabrikgebrauche erforderliche Wasser aus der Klunkau. Nachdem sie anfänglich das entnommene Wasser sofort nach dem Gebrauche wieder in die Klunkau zurückgeleitet hatte, errichtete sie im Jahre 1875 ein großes Sammelbassin, in welchem sie das aus der Klunkau abgeleitete Wasser ansammelt; sie leitet dasselbe dann, nachdem es in der Fabrik gebraucht worden ist, zum Zwecke der Desinfektion über Rieselfelder und führt es hiernach noch oberhalb der Mühle des Klägers in die Klunkau zurück; behufs der Ableitung des

Wassers aus der Klunkau sind hierbei auch Stauanlagen in Anwendung gebracht worden. Der Kläger verlangt Abstellung dieses Verfahrens, weil infolge desselben bei der auch zu Zeiten einer trockenen Witterung und eines niedrigen Wasserstandes vorgenommenen Ableitung des Flußwassers in das Bassin und bei dem auf den Rieselfeldern durch Verdunstung und Verbrauch der Pflanzen eintretenden großen Wasserverluste der Betrieb seiner Mühle wesentlich beeinträchtigt werde, so sehr, daß mit der früher täglich gehenden Mühle nunmehr zuweilen 14 Tage lang nicht gearbeitet werden könne. Die erste Instanz verurteilte nach Beweisaufnahme die Beklagte, sich der Herrichtung von Stauanlagen in der Klunkau und der Ableitung des Wassers aus derselben, soweit das Wasser dem Flusse nicht ohne wesentliche Verminderung wieder zugeführt werde, zu enthalten, und dem Kläger den erwachsenen Schaden zu ersetzen. Die Berufung des Beklagten wurde verworfen. Nachdem das Berufungsgericht in seinen Gründen zunächst festgestellt hatte, daß die vom Kläger behauptete Mühlengerechtigkeit von der Beklagten nicht bestritten worden sei, gründete dasselbe seine Entscheidung auf den auch von der ersten Instanz angewandten Rechtssatz,

> daß einem berechtigten Müller gegenüber die oberen Anlieger des Flusses das Wasser desselben nur in einer solchen Weise benutzen dürfen, durch welche der Betrieb der tiefer liegenden Mühle nicht gehindert oder beschränkt werde,

und auf die dahin festgestellten Beweisergebnisse, daß bei dem Wasserverbrauche der Beklagten der Zweck der Mühle des Klägers in bisheriger Weise nicht mehr erreicht werde, daß der durch die Beklagte bewirkte Wasserverlust sich auf mindestens 20 Prozent belaufe, und daß die Beklagte auch bei niedrigem Wasserstande, also zu einer Zeit, wo das ganze Wasser der Klunkau zum Mühlenbetriebe erforderlich sei, Wasser aus derselben abgeleitet habe. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der von den Vorinstanzen befolgte Rechtssatz, welcher von dem Berufungsgerichte ohne alle Begründung gelassen, von der ersten Instanz nur durch den Hinweis auf die konstante Praxis der hannoverschen Gerichte belegt wird, spricht in betreff der Benutzung eines öffentlichen Flusses den Mühlen als solchen ein Vorrecht vor dem

mit ihnen kollidierenden Verbrauche des Wassers zu anderen Zwecken zu. Diese Bevorrechtigung des Mühlenbetriebes kann für das gemeine Recht nicht anerkannt werden. Der Herleitung derselben aus einem staatlichen Regale, als der privatrechtlichen Quelle aller Mühlengerechtigkeiten,

vgl. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. 14 S. 144 flg. 196; Schwab im Arch. für civil. Praxis Bd. 30 Beilageheft §. 63,

steht entgegen, daß das Mühlenregal im Gebiete des gemeinen Rechtes sich zwar in weit verbreiteter, aber keineswegs allgemeiner Gültigkeit befindet, und daß dasselbe daher überall, wo es gilt, auf das Partikularrecht zurückgeführt werden muß. Für die von der Annahme eines Regales unabhängige Aufstellung eines entsprechenden deutschrechtlichen Rechtsatzes,

vgl. z. B. Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 143,

sind in den Quellen des deutschen Rechtes keine ausreichenden Grundlagen vorhanden. Man ist also für das gemeine Recht auf die Anwendung der römischrechtlichen Grundsätze über den Gebrauch der öffentlichen Sachen und insbesondere der öffentlichen Flüsse angewiesen, welche nach den Ausführungen der in den

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 Nr. 38 S. 182 und Bd. 16 Nr. 31 S. 144

mitgetheilten reichsgerichtlichen Urteile auch auf die Benutzung eines öffentlichen Flusses zum Mühlenbetriebe oder für sonstige Zwecke der modernen Industrie in Anwendung zu bringen sind. Aber auch nach diesen Grundsätzen stellt sich das angefochtene Urteil als gerechtfertigt dar.

Das einem jeden zustehende Recht des Gemeingebrauches eines öffentlichen Flusses hat keineswegs die Bedeutung, daß ein jeder die ganze Nutzungskraft desselben beliebig ohne Rücksichtnahme auf das gleiche Recht und die Bedürfnisse der Übrigen für sich verbrauchen dürfe. Das dem Gemeingebrauche zu Grunde liegende Prinzip der Gleichberechtigung aller ruft unter den sämtlichen Gebrauchsberechtigten ein Kommunionsverhältnis hervor, infolge dessen in Kollisionsfällen eine angemessene Regulierung und Verteilung vonseiten der zuständigen Verwaltungsbehörden oder des angerufenen Gerichtes einzutreten hat. Wenn aber in dem Flusse zum Zwecke einer außerordentlichen Gebrauchsart mit obrigkeitlicher Genehmigung eine besondere

Anlage hergestellt ist, so ist diese Anlage gegen eine Beeinträchtigung der Erreichung ihres Zweckes durch Errichtung neuer Anlagen zu schützen,

vgl. l. 2 §. 2. ll. 10. 15. 16 Dig. ne quid in loc. publ. 43, 8,

und in gleicher Weise wird auch der seit unvordenklicher Zeit vorhandene Bestand einer solchen Anlage geschützt.

Vgl. l. 3 §. 4 Dig. de aqua quotid. 43, 20; l. 4 Cod. de aquaeductu 11, 43; l. 7 Cod. de servit. et aqua 3, 34. Vgl. hierüber auch Gerber, Deutsches Privatrecht §. 61 a. E.; Hesse in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 7 S. 262 flg.; Ubbelohde im Neuen Mag. für Hannov. Recht Bd. 2 S. 360; Seuffert, Archiv Bd. 8 Nr. 110; Buchka und Budde, Entsch. Bd. 5 S. 67 flg.

Man darf aber diesen Anspruch der älteren Anlage auf Rechtsschutz nicht im Sinne eines für sie begründeten privatrechtlichen Titels auf die Benutzung des Flusses auffassen; derselbe beruht auf einem der älteren Anlage bei der Kollision mit einer jüngeren für den Fall, daß und soweit ein Nebeneinanderbestehen der beiderseitigen Gebrauchsausübung sich ohne eine wesentliche Beeinträchtigung des Zweckes der ersteren nicht ermöglichen läßt, zustehenden öffentlichrechtlichen Vorrang in dem Gemeingebrauche, welcher durch die kraft der obrigkeitlichen Genehmigung vorgenommene Prävention erworben ist. Der unvordenkliche Bestand der Anlage liefert den Beweis einer in früherer Zeit von der zuständigen Obrigkeit ausdrücklich oder stillschweigend erteilten Genehmigung.

Über den Umfang der Anwendbarkeit dieses Rechtsschutzes und die Tragweite desselben werden nun zwar, zumal bei der Dürftigkeit der in den Quellen enthaltenen Anhaltspunkte, mancherlei Bedenken und Zweifel entstehen können, und es ist hier namentlich die Frage dahingestellt zu lassen, ob durch die obrigkeitliche Konzessionierung einer gewerblichen Anlage die oberen Anlieger auch in ihrer durch die natürliche Lage ihrer Grundstücke begründeten Befugnis, das Wasser des Flusses für ihre landwirtschaftlichen Zwecke zu verwenden und die hierfür erforderlichen Einrichtungen zu treffen, einer Einschränkung unterworfen werden. Jedenfalls kann aber die Anwendung auf die Fälle einer Kollision zwischen zwei gewerblichen Anlagen keinem Bedenken unterliegen. Gerade für diese Fälle entspricht die Schutzberechtigung der älteren Anlage auch einem unabweislichen praktischen

Bedürfnisse; wer auf die ihm von der zuständigen Obrigkeit erteilte Erlaubnis, das Wasser zu benutzen, ein gewerbliches Unternehmen begründet hat, darf nicht der steten Gefahr ausgesetzt sein, daß ihm durch die spätere Errichtung einer anderen gewerblichen Anlage, welche ihm das Wasser des Flusses vorwegnimmt, die Grundlage seiner gewerblichen Existenz ruiniert werden könne.

Im vorliegenden Falle ist über eine solche Kollision zwischen zwei gewerblichen Anlagen zu entscheiden; die beklagte Gesellschaft läßt zwar das in ihrer Fabrik gebrauchte Wasser auch noch über Rieselfelder laufen, dies geschieht jedoch ihrer eigenen Angabe nach nur zu dem Zwecke, um das in der Fabrik verunreinigte Wasser vor seiner Zurückführung in den Fluß zu desinfizieren, und erscheint daher nur als eine von ihr wegen ihrer gewerblichen Zwecke getroffene nebensächliche Einrichtung. Bei der festgestellten Mühlengerechtigkeit des Klägers mußte unter Anwendung des entwickelten Rechtssatzes und nach den unanfechtbar und auch unangefochten festgestellten Beweisergebnissen so, wie von dem Berufungsgerichte geschehen, erkannt werden."

III. Preußisches Recht.

54. 1. Inwiefern sind auf das Staatsdienerverhältnis nach gemeinem deutschen und nach preußischem Rechte die privatrechtlichen Normen des Dienstvertrages anzuwenden?

2. Haftung des Dienstherrn aus dem Dienstvertrage für den durch mangelhafte Beschaffenheit von Lokalitäten, Arbeitswerkzeugen u. dgl. verursachten Schaden nach gemeinem deutschen und nach preußischem Rechte.

VI. Civilsenat. Urt. v. 4. November 1886 i. S. des Königl. preuß. Fiskus (Bekl.) w. U. (Kl.) Rep. IIIa. 193/86.

I. Landgericht Frankfurt a./M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Gemeines Recht" Nr. 36 S. 173 abgedruckt.

---

55. Gilt die Regel: ignorantia juris nocet, allgemein auch von gewohnheitsrechtlichen Normen? Gilt dieselbe namentlich in Ansehung der ehelichen Gütergemeinschaft nach lübischem Rechte, wenn dessen statutarische Geltung nicht auf einem publizierten Gesetze, sondern nur auf Observanz beruht?
A.L.R. Einl. §. 12.

V. Civilsenat. Urt. v. 9. März 1887 i. S. W. (Bekl.) w. G.'sche Konkursmasse (Kl.). Rep. V. 356/86.

I. Landgericht Stolp.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Auf drei Grundstücken in Rummelsburg in Pommern, als deren Alleineigentümer der Posthalter G. daselbst im Grundbuche eingetragen ist, haftet für den Beklagten aus der Schuldverschreibung vom 5. November 1878 und der Verpfändungserklärung des G. vom 5. März 1882 eine Darlehnshypothek von 7740 ℳ. G. lebte zur Zeit der Verpfändung in beerbter Ehe und Gütergemeinschaft nach lübischem Rechte. Über sein Vermögen ist im Jahre 1885 der Konkurs eröffnet worden. Der Verwalter hat die gedachte Hypothek als wegen mangelnden Konsenses der Ehefrau ungültig angefochten.

Der Beklagte, welcher nicht in Rummelsburg wohnt, berief sich gegenüber dieser Anfechtung u. a. auf den Glauben des Grundbuches. Der erste Richter erachtete den Einwand für begründet und erkannte auf Abweisung der Klage. Auf die Berufung des Klägers ist der Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt worden. Auf seine Revision ist das Berufungsurteil aufgehoben worden.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter konstatiert, daß nach den Satzungen des in Rummelsburg geltenden lübischen Rechtes die Gütergemeinschaft unter Eheleuten durch die Verheiratung und durch das Vorhandensein von in dieser Ehe erzeugten Kindern eintrete. Er hat sodann thatsächlich festgestellt, daß der Beklagte vor der Eintragung seiner Darlehnsforderung von der Verheiratung des Posthalters G. und dem Vorhandensein von Kindern aus dieser Ehe Kenntnis gehabt hat, und hat auf Grund dessen demselben die Berufung auf den Glauben des Grundbuches versagt, indem er aus §. 12 der Einleitung zum Allgemeinen Landrechte den Satz entnimmt, daß niemand mit der Unkenntnis der Gesetze sich entschuldigen dürfe.

Diesen Entscheidungsgrund hat die Revision, als auf einer Verletzung des §. 12 a. a. O. beruhend, angegriffen, da dieser Paragraph nur von gehörig publizierten Gesetzen spreche, eine Publikation des lübischen Statutes in Rummelsburg aber vom Berufungsrichter nicht festgestellt und auch nicht nachweisbar sei.

Der Angriff ist begründet.

Der §. 12 der Einleitung zum Allgemeinen Landrechte bestimmt:

„Es ist aber auch ein jeder Einwohner des Staates sich um die Gesetze, welche ihn oder sein Gewerbe und seine Handlungen betreffen,

zu erkundigen gehalten; und es kann sich niemand mit der Unkenntnis eines gehörig publizierten Gesetzes entschuldigen."

Wie schon oben bemerkt, giebt der Berufungsrichter den Inhalt des §. 12 a. a. O. ganz allgemein dahin wieder: Niemand darf sich mit der Unkenntnis der Gesetze entschuldigen. Es fragt sich nun, ob der §. 12 eine solche Verallgemeinerung gestattet, oder doch der Satz durch sonstige Bestimmungen oder allgemeine Prinzipien des preußischen Rechtes sich rechtfertigen läßt.

Der erste Satz des §. 12 würde an sich einer weiteren Auslegung Raum geben; die eigentliche Rechtsregel (ignorantia juris nocet) ist aber nicht in ihm, sondern in dem zweiten Satze ausgesprochen, und hier in der ausdrücklichen Beschränkung auf gehörig publizierte Gesetze.

Als Gegensatz hierzu kann offenbar nicht an „nicht gehörig" publizierte Gesetze gedacht werden; denn ein solches gilt nach §. 10 a. a. O. überhaupt nicht als Gesetz. Der Gegensatz ist vielmehr in solchen Rechtsnormen zu suchen, welche ohne Publikation durch bloße Rechtsübung die Kraft von Gesetzen erlangt haben (§§. 3 und 4 der Einleitung, §. 7 des Publikationspatentes zum Allgemeinen Landrechte).

Wenn nun auch der §. 12 der Einleitung (neben dem Landrechte selbst) unmittelbar nur die in Zukunft zu erlassenden und gemäß §. 11 zu publizierenden Gesetze im Auge hat, zumal ja auch die zur Zeit der Emanation des Allgemeinen Landrechtes bestehenden Provinzialgesetze und Statuten kodifiziert und als Provinzialrechte publiziert werden sollten, (§. 4 des Publikationspatentes und §. 3 der Einleitung), so ist doch der darin ausgesprochene Satz als allgemeine Rechtsregel anzusehen und demgemäß auch auf die in Geltung verbliebenen Provinzialgesetze und Statuten anzuwenden, dergestalt, daß auch bei diesen die Fiktion, daß ein jeder die Gesetze kenne, von dem Nachweise der Publikation abhängig ist.

Neben dem §. 12 der Einleitung existiert aber eine allgemeine Vorschrift, in welcher die Regel ignorantia juris nocet zum Ausdrucke gebracht wäre, im preußischen Rechte nicht; es ist vielmehr anzunehmen, daß dieser Satz allgemein nur insoweit gilt, als er in dem fraglichen §. 12 zum Ausdrucke gelangt ist, also in der Beschränkung auf publizierte Gesetze.

Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 51 S. 41, Bd. 60 S. 155.

Wenn in einzelnen Bestimmungen des Landrechtes, in denen eine Kenntnis

des Inhaltes der Gesetze vorausgesetzt, oder von den Folgen der Unwissenheit der Gesetze gehandelt wird (vgl. §§. 12. 14 A.L.R. I. 7, §§. 46. 48 I. 6, §§. 172. 176 I. 16) des Erfordernisses der Publikation keine Erwähnung geschieht, so läßt sich aus ihnen kein Rückschluß auf die in §. 12 der Einleitung ausgesprochene Regel machen, vielmehr werden sie als Anwendungen der letzteren von ihr beherrscht, insoweit nicht die Besonderheit des Rechtsverhältnisses ihnen den Charakter von Spezialvorschriften verleiht. Eine Fiktion der Kenntnis ungeschriebenen Rechtes oder einer lediglich durch lokale Gewohnheit innerhalb des Bereiches der letzteren zur Geltung gelangten Rechtsnorm kann generell umsoweniger Platz greifen, als dergleichen Rechtsnormen selbst dem Richter nicht bekannt zu sein brauchen und nötigenfalls des Beweises bedürfen (§. 265 C.P.O.; vgl. auch §. 55 I. 10 der früheren preußischen Gerichtsordnung; vgl. Dernburg, Bd. 1 §. 20; Förster-Eccius, Bd. 1 §. 30 Note 6).

Es schließt dies freilich nicht aus, daß unter Umständen auch die Unkenntnis lokaler, nicht publizierter Rechtsnormen als unentschuldbarer Irrtum behandelt werden muß; wenn sie nämlich auf vertretbarem Versehen des Beteiligten beruht. Dergleichen besondere Umstände aber für eine dem Beklagten in dieser Beziehung zur Last fallende Negligenz sind nicht beigebracht, und ebensowenig ist behauptet worden, daß Beklagter von der Geltung des lübischen Rechtes in Rummelsburg und den Satzungen desselben, aus denen der Berufungsrichter die Anwendbarkeit des der Klage zu Grunde liegenden §. 378 A.L.R. II. 1 gemäß §. 360 a. a. O. herleitet, thatsächlich Kenntnis gehabt hat.

Hiernach bedurfte es allerdings der Fiktion des §. 12 der Einleitung zum Allgemeinen Landrechte, um die dem Beklagten sonst zu statten kommende Präsumtion des redlichen Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuches, und die Wirkung dieses redlichen Glaubens für die Gültigkeit der Verpfändung (§. 9 des Eigentumserwerbsgesetzes) auszuschließen. Indem aber der Berufungsrichter den §. 12 der Einleitung anwendet, ohne zu untersuchen, ob das lübische Recht in Rummelsburg als Gesetz publiziert ist, verletzt er den gedachten Paragraphen." ...

56. Kann der Eigentümer eines mit einer Kautionshypothek belasteten Grundstückes gegen den eingetragenen Kautionsberechtigten, welcher die Hypothek als eine für ihn noch zu Recht bestehende in Anspruch nimmt, mit der Eigentumsfreiheitsklage auf Erteilung der Löschungsbewilligung klagen, wenn er nachweist, daß eine Forderung, für welche die Kautionshypothek haftet, nicht oder nicht mehr besteht, insbesondere wenn die durch die Kautionshypothek gesicherten Forderungen durch einen Dritten bezahlt sind?

V. Civilsenat. Urt. v. 13. April 1887 i. S. S. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. V. 27/87.

I. Landgericht Graudenz.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Aus den Gründen:

„Auf den Grundstücken des Klägers ist eine von einem seiner Vorbesitzer, Karl Sch., bestellte Kautionshypothek für den Beklagten eingetragen. Unter der Behauptung, daß Forderungen des Beklagten an Karl Sch., für welche die Hypothek hafte, nicht mehr bestehen, verlangt der Kläger vom Beklagten die Einwilligung in deren Löschung. Der Beklagte hat zwar Forderungen zum Gesamtbetrage von mehr als 12 600 ℳ als fortbestehend bezeichnet, für welche die Hypothek noch verhaftet sei, und deshalb Abweisung der Klage beantragt. Der Berufungsrichter stellt indessen fest, daß die Kaution nur bestellt sei für Forderungen des Beklagten, aus von Karl Sch. acceptierten Wechseln, und daß dem Beklagten auch eine Forderung aus zwei von Sch. acceptierten Wechseln zugestanden habe, er erachtet indessen diese Forderung für getilgt, weil eine Zahlung von 9 600 ℳ, welche ein Zwischenbesitzer des Pfandgrundstückes geleistet hat, auf dieselbe angerechnet werden müsse. Er hat den Beklagten nach dem Klagantrage verurteilt, indem er insbesondere den Einwand verworfen hat, daß dem Kläger aus der von einem Dritten geleisteten Zahlung nicht ein Anspruch auf Löschungsbewilligung gegen den Beklagten, sondern nur ein Anspruch auf Herbeiführung der Löschung gegen seinen vertragsmäßig hierzu verpflichteten Vorbesitzer zustehe. Letzterer Entscheidungsgrund wird vom Revisionskläger als rechtsirrtümlich angefochten: dem Kläger sei er zur Erteilung der löschungsfähigen Quittung oder der Löschungsbewilligung

nicht verpflichtet, da der Kläger weder in einem obligatorischen Verhältnisse zu ihm stehe noch die Zahlung geleistet habe. Den Streit darüber, wofür die Kaution hafte und worauf die von Anderen geleisteten Zahlungen anzurechnen seien, brauche er nicht mit dem Kläger auszumachen; dadurch würde er in seinen Rechten beeinträchtigt werden.

Der Ansicht des Revisionsklägers kann indessen nicht beigetreten werden. Die Klage des Eigentümers auf Bewilligung der Löschung einer durch den Fortfall der dadurch gesicherten Verbindlichkeit erledigten Hypothek ist, sofern sie nicht auf die Behauptung der von dem Kläger selbst bewirkten Tilgung der Verbindlichkeit gestützt werden kann, als negatorische Eigentumsklage für statthaft zu erachten. Das Bestehen der hypothekarischen Eintragung bildet eine Behinderung des Eigentümers in der freien Verfügung über sein Grundstück; wer da behauptet, daß ihm aus solcher Eintragung Rechte gegen den Grundeigentümer zustehen, hindert diesen in der Verfügung über sein Eigentum. Wie der aus einer Hypothek in Anspruch genommene Grundeigentümer zweifellos befugt ist, im Wege der Einrede die Rechtsbeständigkeit der Hypothek, sei es überhaupt, sei es in dem Sinne anzufechten, daß dem Kläger Rechte aus dieser Hypothek nicht oder nicht mehr zustehen,

vgl. z. B. Entsch. des preußischen Obertrib. bei Striethorst, Archiv Bd. 24 S. 204,

so ist nicht abzusehen, weshalb ihm die gleiche Anfechtung im Wege der Klage versagt sein sollte. Die Zulässigkeit der negatorischen Klage in dieser Richtung wird denn auch von Rechtslehrern anerkannt.

Vgl. Förster-Eccius, Bd. 3 §. 181; Dernburg, Bd. 1 §. 250 letzter Satz.

Allerdings hat, da an sich die Eintragung der Hypothek das bestehende Recht beweist, der Eigentümer zum Zwecke einer solchen Anfechtung, möge sie durch Einrede oder durch Klage erfolgen, seinerseits die Ungültigkeit darzuthun; es steht aber nichts entgegen, daß er zu diesem Zwecke auf das der Hypothekbestellung zu Grunde liegende obligatorische Verhältnis zurückgreift. Die Kautionshypothek nun kann erst geltend gemacht werden mittels des Nachweises, daß eine Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt war, entstanden sei; ist dies der Fall, so fällt sie nicht, wie die Hypothek für eine nach Grund und Betrag bestimmte Forderung, durch Zahlung seitens des Grundeigentümers an diesen zur anderweitigen Verfügung anheim (§. 67 des Eigentumsgesetzes vom

5. Mai 1872), sondern sie verliert ihre Rechtsbeständigkeit, sobald die Forderung, zu deren Sicherheit sie bestellt war, getilgt ist, und sobald außerdem feststeht, daß neue Forderungen, auf welche die Kautionsbestellung sich erstreckt, nicht entstehen können; von diesem Zeitpunkte ab bis zur Löschung im Grundbuche ist der Fortbestand der Kautionshypothek nur ein formaler. Demnach ist der Anspruch auf Löschung einer Kautionshypothek, sofern sie nicht von vornherein gegenstandslos geblieben ist, durch den Nachweis gerechtfertigt, daß eine Forderung, für welche sie haftbar wäre, nicht mehr besteht und nicht mehr entstehen kann, ohne Rücksicht darauf, welches der Erledigungsgrund ist, und, soweit die Tilgung durch Zahlung erfolgt ist, wer der Zahlende war; und der Anspruch auf Bewilligung der Löschung gegen den, welcher gleichwohl Rechte aus der Kautionshypothek für sich in Anspruch nimmt, erscheint dann lediglich als die Abwehr des in diesem unbegründeten Anspruche liegenden Eingriffes in das Verfügungsrecht des Grundeigentümers. Daß der Eigentümer unter Umständen, wenn ihm nämlich Hypothekenfreiheit zugesichert ist, auch den Vorbesitzer auf Erfüllung dieser Zusicherung durch Herbeiführung der Löschung in Anspruch nehmen kann, ist ohne Einfluß auf sein Recht, jenen Eingriff unmittelbar gegen denjenigen, von welchem er ausgeht, abzuwehren. Dieses zweite Mittel, zur Befreiung des Eigentümers von nicht zu Recht bestehenden hypothekarischen Eintragungen zu gelangen, wird zudem, selbst wenn es besteht, nicht immer mit Erfolg angewandt werden können.

Die vom Revisionskläger in Bezug genommene Entscheidung des II. Hilfssenates des Reichsgerichtes vom 17. Februar 1881,

vgl. Gruchot, Bd. 26 S. 112,

welche in ihren Grundgedanken mit der Entscheidung des preußischen Obertribunales vom 24. März 1871,

vgl. Striethorst, Bd. 82 S. 5,

übereinstimmt, ist, soweit sie dem Nachbesitzer des zahlenden Eigentümers bei einer, für eine bestimmte Forderung bestellten Hypothek die Klage auf Löschungsbewilligung gegen den eingetragenen Gläubiger abspricht, insofern richtig, als mit Rücksicht auf das Verfügungsrecht des zahlenden Eigentümers über die Hypothek (§. 64 des Eigentumsgesetzes) der befriedigte Gläubiger zur Erteilung einer wirksamen Löschungsbewilligung

dem Besitznachfolger des Zahlenden gegenüber nicht befugt ist, weil aus der vom Vorbesitzer des eingetragenen Eigentümers geleisteten Zahlung nicht der Untergang der Hypothek, sondern nur deren Übergang an den Zahlenden folgt. Dieser Grund trifft aber bei der Kautionshypothek nicht zu. Hinsichtlich dieser ist zwar der gedachten Entscheidung gleichfalls insoweit beizutreten, als es zum Anspruche auf Löschung nicht genügt, wenn die einzelnen bereits entstandenen Forderungen getilgt sind, es vielmehr darauf ankommt, ob nach Inhalt des Verpfändungsvertrages auch keine neue Forderung mehr entstehen kann, für welche die Hypothek haftbar wäre. Nicht ersichtlich aber ist, weshalb diese Frage nur mit dem Besteller der Hypothek, nicht mit seinem Besitznachfolger sollte ausgemacht werden können. Die Notwendigkeit, derartige obligatorische Verhältnisse mit einem Anderen, als dem, zu welchen sie ursprünglich entstanden sind, zur gerichtlichen Erörterung zu bringen, kommt auch sonst, besonders bei allen Fällen der Singularsuccession in Obligationen vor, und es ist dem Revisionskläger nicht zuzugeben, daß seine Rechtslage dadurch erschwert werde. Ebensowenig kann dem in jener Entscheidung gegen das Klagerecht des Grundeigentümers als solchen auf Löschungsbewilligung, sowohl bei bestimmten, als bei Kautionshypotheken geltend gemachten Grunde beigetreten werden, daß die Löschungsbewilligung von der Quittung nicht zu trennen sei. Eine solche Trennung findet immer statt, wenn nur die Hypothek, nicht aber die persönliche Forderung untergehen soll. Und wenn in jener Entscheidung zum Nachweise der Unzulässigkeit der negatorischen Eigentumsklage behufs Erzwingung der Löschung einer Hypothek gesagt wird, der Umstand, daß die Hypothek in dem Grundbuche für den Beklagten noch eingetragen stehe, sei noch kein Eingriff des Beklagten in das Eigentum des Klägers, so mag das danach richtig sein, wenn der Beklagte aus der auf seinen Namen noch lautenden Eintragung keine Rechte für sich herleitet; ein Eingriff liegt aber vor, wenn der Beklagte die eingetragene Hypothek als eine für ihn noch zu Recht bestehende in Anspruch nimmt und deren Löschung widerspricht, und um diesen Fall handelt es sich hier."

57. 1. Kann der Verwalter im Nachlaßkonkurse das den Erben eines Mieters nach §. 371 A.L.R. I. 21 zustehende Recht zur Kündigung des Mietsvertrages ausüben?

2. Steht im Falle der Ausübung dieses Rechtes dem Vermieter gegen die Konkursmasse ein Entschädigungsanspruch zu?

V. Civilsenat. Urt. v. 13. April 1887 i. S. des Fabrikbesitzers G. H. (Kl.) w. den Kaufmann H. als Verwalter des B.'schen Konkurses (Bekl.). Rep. V. 28/87.

I. Landgericht Görlitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Die Revision des Klägers wider das zweite Urteil ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Den Sachverhalt, soweit er für die Beurteilung der Revision in Betracht kommt, geben die beiden Vorderurteile dahin an.

Ein früherer Besitzer des Hauses Demianiplatz Nr. 26 zu Görlitz, Maurermeister N., hatte der Handelsgesellschaft B. & R. daselbst verschiedene Räumlichkeiten des Hauses zu Geschäftszwecken vermietet. Nachdem Kläger als Erwerber des Grundstückes in den Mietsvertrag eingetreten und die Handelsgesellschaft aufgelöst war, schlossen der Kläger und der Kaufmann H. B. am 17. März 1880 notariell einen Vertrag, inhalts dessen der zwischen N. und der Handelsgesellschaft errichtete Mietsvertrag bis zum 1. Juli 1890 verlängert, der Mietszins auf 3000 ℳ für das Jahr erhöht, und für den Fall einer an sich zulässigen Kündigung vor Ablauf der Mietszeit Bestimmungen über den Betrag der zu gewährenden Entschädigung getroffen wurden. In einem zweiten Vertrage vom 10. November 1882 vermietete der Kläger dem B. Wohnungsräume in demselben Hause, ebenfalls für die Zeit bis zum 1. Juli 1890. Auch in diesem Vertrage wurden Bestimmungen über die Entschädigung für den Fall einer Kündigung vor Ablauf der Mietszeit getroffen.

Der Kaufmann H. B. ist am 2. Dezember 1885 zu Görlitz verstorben; schon am 10. Dezember 1885 ist der Konkurs über seinen Nachlaß eröffnet, und der Beklagte zum Konkursverwalter bestellt.

Dieser hat am 1. Januar 1886 dem Kläger folgendes Schreiben übersandt:

„In meiner Eigenschaft als gerichtlicher Verwalter der H. B.'schen Nachlaßkonkursmasse hierselbst kündige ich Ihnen hiermit die von dem verstorbenen Kaufmanne H. B. gemieteten und von der Konkursverwaltung z. Z. innehabenden Geschäfts- und Wohnungsräumlichkeiten in Ihrem Hause, Demianiplatz Nr. 26, und zwar die Geschäftslokalitäten zur Räumung per 1. Juli d. J.; die Wohnungslokalitäten zur Räumung per 1. April d. J.

Heinrich H.,
Verwalter der H. B.'schen Nachlaßkonkursmasse."

Dieser Kündigung hat der Kläger mittels Antwortschreibens vom 5. Januar 1886 widersprochen. Er ist nämlich der Ansicht, daß dem Beklagten ein Kündigungsrecht nur gemäß §. 17 Nr. 1 K.O. zustehe, daß er auch nur dieses Recht ausgeübt habe, und daß der Verwalter im Nachlaßkonkurse das den Erben eines Mieters im §. 371 A.L.R. I. 21 beigelegte Recht nicht geltend machen dürfe. Jedenfalls, so führt er aus, stehe dem Vermieter sowohl bei der Kündigung auf Grund der Konkursordnung als bei derjenigen auf Grund des §. 371 a. a. O. ein Entschädigungsanspruch zu, und dieser gestalte sich, soweit das Pfandrecht an den eingebrachten Warenvorräten und Mobilien reiche, zu einem Absonderungsrechte (§. 41 Nr. 4 K.O.). Er berechnet seinen Schaden auf 4100 ℳ und beantragt, den Beklagten zur Hinterlegung dieses Betrages aus dem Erlöse der zur Konkursmasse gehörigen Mobilien und Warenvorräte zu verurteilen, und ihn für berechtigt zu erachten, sich aus dieser Summe zu befriedigen.

Beide Instanzrichter haben die Klage abgewiesen. In dem Berufungsurteile wird festgestellt, daß die zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietverträge keine Bestimmung enthalten, dergemäß nach dem Willen der Kontrahenten die Erben des Mieters an den Vertrag gebunden blieben, die ihnen nach §. 371 a. a. O. zustehende Befugnis also ausgeschlossen sein sollte; ferner, daß die Verabredungen über Gewährung einer Entschädigung bei der Kündigung vor Ablauf der Vertragszeit sich nicht auf den Fall beziehen, daß die Erben von ihrem Rechte gemäß §. 371 a. a. O. Gebrauch machen. Der Berufungsrichter nimmt weiter an, daß der Beklagte durch den Brief vom 1. Januar 1886 seine Absicht, den Mietsvertrag auf Grund des §. 371

a. a. O. zu kündigen, genugsam zum Ausdrucke gebracht hat, und daß er seine Befugnis hierzu nicht durch ausdrücklichen Hinweis auf das den Erben gesetzlich zustehende Recht darzulegen brauchte.

Bei der rechtlichen Beurteilung des klägerischen Anspruches entscheidet der Berufungsrichter, daß der Verwalter im Nachlaßkonkurse das den Erben im §. 371 a. a. O. gewährte Recht ausüben dürfe, und daß durch die Kündigung nach Ablauf der im Gesetze bestimmten Fristen der Mietsvertrag sein Ende erreicht habe und dem Vermieter ein weiterer Entschädigungsanspruch nicht zustehe.

Die vom Kläger eingelegte Revision richtet sich gegen diese Rechtsausführungen des Berufungsrichters. Sie kann jedoch keinen Erfolg haben.

Dem Kläger ist zwar darin beizustimmen, daß in einem Konkurse, wenn der Gemeinschuldner lebt, dem Verwalter das Recht zur Aufkündigung der vom Gemeinschuldner geschlossenen Mietsverträge nur gemäß §. 17 Nr. 1 K.O. zusteht, und daß, wenn der Verwalter von diesem Rechte Gebrauch macht, der Vermieter ein Recht auf Entschädigung als Konkursforderung oder, wenn die Bedingungen zur Anwendung des §. 41 Nr. 4 K.O. vorliegen, als Absonderungsanspruch besitzt. Für den Fall des Todes eines Mieters gewährt jedoch das Allgemeine Landrecht den Erben desselben ein besonderes, weitergehendes Recht. Es bestimmt im §. 371 I. 21:

> Stirbt ein Mieter während der kontraktmäßigen Zeit, so sind dessen Erben nur noch ein halbes Jahr lang, von dem Ablaufe desjenigen Quartales, in welchem der Tod erfolgt ist, an den Vertrag gebunden.

Für das Verständnis dieses Gesetzes sind die Äußerungen von Suarez in seinen Schlußvorträgen zu den §§. 366. 371 A.L.R. I. 21,

vgl. Jahrbücher Bd. 41 S. 67,

von Bedeutung. Sie ergeben, daß die Redaktoren die Auffassung hatten, Miets- und Pachtverträge beruhten auf persönlichem Vertrauen der Kontrahenten zu einander. In dieser Auffassung liegt der Grund, weshalb der Rechtssatz des römischen Rechtes, wonach derartige Verträge durch den Tod des Mieters oder Pächters nicht berührt werden, keine Aufnahme in das Allgemeine Landrecht gefunden hat, vielmehr sowohl dem Vermieter und Verpächter als den Erben des Mieters und Pächters die Befugnis gegeben ist, innerhalb eines modicum tempus

von dem Vertrage abzugehen. Sofern die Kontrahenten nicht vertragsmäßig etwas Abweichendes ausmachen, ist der Mietsvertrag, wie Suarez ausdrücklich sagt, mit der clausula rebus sic stantibus behaftet. Bei dieser rechtlichen Auffassung des Mietsvertrages läßt sich nur annehmen, daß die gesetzliche Kündigungsbefugnis der Erben des Mieters als ein naturale negotii bereits in dem Vertrage liegt. Der Vertrag geht deshalb behaftet mit dieser Möglichkeit einer Beschränkung hinsichtlich seiner Zeitdauer auf die Erben über. Machen diese von der Kündigungsbefugnis Gebrauch, so erwerben sie damit nicht ein ihnen als Erben persönlich zustehendes neues Recht, sondern sie üben nur das durch den Vertrag ihres Erblassers geschaffene Recht aus.

In diesen, dem materiellen Rechte angehörigen Rechtsverhältnissen ist durch die Reichskonkursordnung keine Änderung hervorgerufen. Der Beklagte vertritt als Verwalter im Nachlaßkonkurse den Erblasser. Er ist befugt, alle Rechte, welche von diesem kraft Erbganges auf die Erben gediehen sind, an deren Stelle geltend zu machen (K.O. §§. 202flg. §. 5; Motive zur Konkursordnung S. 452—453). Zu diesen Rechten gehört nach dem oben Gesagten auch die Kündigungsbefugnis gemäß §. 371 a. a. O. Der Berufungsrichter nimmt deshalb mit Recht an, daß der Beklagte befugt war, von dem in diesem Gesetze den Erben des Mieters beigelegten Rechte Gebrauch zu machen. Die zwischen den Parteien streitige Frage, wer die Erben des B. geworden sind, interessiert aus den vom Berufungsrichter angegebenen Gründen für die Entscheidung nicht.

Es muß endlich dem Berufungsrichter auch darin beigestimmt werden, daß die zwischen dem Kläger und B. abgeschlossenen Mietsverträge mit Ablauf der im Gesetze bestimmten Fristen ihr Ende erreichten, und daß dem Kläger ein Entschädigungsanspruch nicht zusteht. Dafür spricht folgendes: Der §. 371 a. a. O. steht unter dem allgemeinen Marginale (zu §. 350 a. a. O.):

Fälle, wo die Aufkündigung auch innerhalb der kontraktlichen Zeit stattfindet.

Der oben mitgeteilte Wortlaut des §. 371 a. a. O. läßt deutlich erkennen, daß der Gesetzgeber die Erben nur noch ein halbes Jahr nach der Kündigung an den Vertrag binden und weitere Verpflichtungen derselben nach Ablauf der Frist ausschließen wollte. In denjenigen Fällen der Kündigung innerhalb des Vertrages, wo das Allgemeine

Landrecht einen anderen Rechtszustand sanktionieren wollte, ist die Entschädigungspflicht des Kontrahenten, welcher den Vertrag nicht aushält, stets hervorgehoben (vgl. §§. 355. 362. 364. 365. 385 A.L.R. I. 21). Für den Fall der Aufhebung des Vertrages durch den Tod des Pächters oder Mieters (§§. 366 flg. a. a. O.) ist jedoch nur bestimmt, daß der kündigende Verpächter die Verbesserungen des Pächters vergüten soll (§. 370 a. a. O.). Das Fehlen einer Vorschrift über die Entschädigungspflicht der kündigenden Erben spricht dafür, daß nicht beabsichtigt ist, dem Vermieter einen Entschädigungsanspruch für die nicht ausgehaltene Zeit des Vertrages zu gewähren."

---

58. Ist §. 27 Nr. 2 des preußischen Pensionsgesetzes vom 27. März 1872 auch auf diejenigen Richter und Staatsanwälte anwendbar, welche in Gemäßheit des Gesetzes vom 24. April 1878 in den Ruhestand getreten sind?

III. Civilsenat. Urt. v. 22. April 1887 i. S. Fiskus (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. III. 357/86.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der als Kläger aufgetretene Staatsanwalt B. beim vormaligen Kreisgerichte M. ist mit Aufhebung dieses Gerichtes im Jahre 1879 zur Disposition gestellt worden und im Jahre 1882 in den Ruhestand getreten. Dieser Eintritt erfolgte nicht wegen körperlicher oder geistiger Dienstuntauglichkeit, sondern infolge des preußischen Ausführungsgesetzes zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetze vom 24. April 1878, wonach Richter und Staatsanwälte, welche bei den durch die neue Gerichtsorganisation aufgehobenen Behörden angestellt waren, während eines Zeitraumes von drei Jahren zur Verfügung des Justizministers bleiben und wenn sie während dessen eine Anstellung nicht erhalten, nach Ablauf des Zeitraumes in den Ruhestand treten.

Nach Eintritt in den Ruhestand wurde dem Kläger von dem Minister der geistlichen Angelegenheiten im Einverständnisse mit dem Justizminister das Amt eines Universitätsrichters zu M. als widerrufliches Nebenamt gegen eine jährliche Remuneration von 900 ℳ über-

tragen. Nachdem Kläger diese Remuneration neben seinem vollen Ruhegehalte längere Zeit bezogen hatte, ist durch Erlaß des Ministers der geistlichen Angelegenheiten und des Finanzministers angeordnet worden, daß das Ruhegehalt des Klägers fortan um den Betrag der Remuneration zu kürzen und daß das hiernach zuviel bezogene Gehalt von ihm einzuziehen sei.

Gestützt wurde die Maßregel auf §. 27 Nr. 2 des preußischen Pensionsgesetzes vom 27. März 1872, wonach das Recht auf den Bezug einer Pension ruht, wenn und solange der Pensionär im Reichs- oder Staatsdienste ein Diensteinkommen bezieht, insoweit als der Betrag dieses neuen Diensteinkommens unter Hinzurechnung der Pension den Betrag des von dem Beamten vor der Pensionierung bezogenen Diensteinkommens übersteigt.

Der Kläger hat gegen die Anordnung des Ministerialerlasses den Rechtsweg ergriffen und geltend gemacht, daß die Vorschrift des §. 27 a. a. O. auf die nach dem Gesetze von 1878 in Ruhestand getretenen Richter und Staatsanwälte um deswillen keine Anwendung leide, weil diesen Beamten ihr unverkürztes Diensteinkommen gesetzlich zugesichert sei. Dagegen hat der Beklagte eingewendet, daß Kläger mit dem 1. Oktober 1882 Pensionär geworden und als solcher dem Pensionsgesetze von 1872 unterworfen sei, daß der Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung über die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf die nach dem Gesetze von 1878 pensionierten Beamten ohne Bedeutung sei, weil deren Übertritt in den Ruhestand von selbst die Folge habe, daß auf sie, abgesehen von besonderen abweichenden Bestimmungen, dasjenige Gesetz in Anwendung zu bringen sei, welches von den „in Ruhestand" versetzten Beamten handele (vgl. §. 1 Abs. 1 des Pensionsgesetzes von 1872).

Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem ersten Richter gemäß dem Klagepetitum erkannt, und das Reichsgericht hat die dagegen eingelegte Revision zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Nichtanwendbarkeit des §. 27 Nr. 2 des Pensionsgesetzes vom 27. März 1872 auf diejenigen Richter und Staatsanwälte, welche aus Veranlassung der Reorganisation der Gerichte nach Maßgabe des Gesetzes vom 24. April 1878 in den Ruhestand getreten sind, ist daraus zu entnehmen, daß diesen Beamten nicht eine Pension im Sinne des zuerst genannten Gesetzes, sondern, wie die §§. 101. 102 des letzteren

Gesetzes ergeben, ein Rechtsanspruch auf unverkürzten Fortbezug ihres Diensteinkommens, eine unerhebliche Beschränkung abgerechnet, gewährt worden ist. Damit stellt das Gesetz von 1878 die bezeichneten Beamten rücksichtlich des Bezuges ihres bisherigen Einkommens den übrigen im aktiven Dienste befindlichen Angestellten derselben Kategorieen gleich, mit dem alleinigen Unterschiede, daß während letztere den Wohnungsgeldzuschuß nach ihrem jeweiligen Wohnorte anzusprechen haben, für erstere dieser Zuschuß nach den für den Fall der Pensionierung geltenden Durchschnittssätzen zu berechnen ist. Wenn daher auch die kraft des Gesetzes von 1878 in den Ruhestand getretenen Richter und Staatsanwälte nach ihrer persönlichen Stellung als Pensionäre zu betrachten sind, so ist doch andererseits daran festzuhalten, daß was diese Personen an jährlichen Reichnissen vom Staate zu beziehen haben, nicht als eine Pension im Sinne des Gesetzes von 1872 aufgefaßt werden darf. Wie deshalb die Bestimmung dieses Gesetzes, daß die Pension monatlich vorausbezahlt werden solle, das Recht jener Beamten auf vierteljährige Vorauszahlung ihres Diensteinkommens nicht zu schmälern vermag, so kann auch der im Eingange erwähnte §. 27 Nr. 2 des Gesetzes von 1872 keine Anwendung finden, weil er eine Beeinträchtigung des vom Gesetze von 1878 sanktionierten Anspruches auf unveränderten Bezug des Diensteinkommens herbeiführen würde."

---

59. Erwirbt bei der Zwangsversteigerung der Ersteher eines Grundstückes durch das Zuschlagsurteil das Eigentum an einem Trennstücke, welches der frühere Besitzer des versteigerten Grundstückes zwar durch Bebauung eigentümlich erworben und mit demselben als Teil oder Pertinenz verbunden hatte, welches aber in den Steuerbüchern demselben noch nicht zugeschrieben ist, sondern katastermäßig zu einem anderen Grundstücke gehört?

V. Civilsenat. Urt. v. 23. April 1887 i. S. L. u. Gen. (Bekl.) w. v. N. u. Gen. (Kl.) Rep. V. 363/86.

I. Landgericht Stolp.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Auf die Revision der Beklagten ist das zweite Urteil aufgehoben, und, unter Änderung des ersten Urteiles, die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

„Nach den Thatbeständen der beiden Vorderurteile liegt folgender Sachverhalt vor.

Der Mitbeklagte, Schmiedemeister L., war früher eingetragener Eigentümer des zu Stolp in der Blumenstraße belegenen, im Grundbuche Bd. III Bl. 3 Nr. 208 verzeichneten Grundstückes. Dasselbe wurde zur Zwangsversteigerung gezogen und durch Zuschlagsurteil vom 14. August 1884 dem Rentier Hermann v. N. übereignet. L. hatte 1881 auf einem Teile des benachbarten, dem Mitbeklagten P. gehörigen, im Hypothekenbuche Bd. III Bl. 3 Nr. 202 verzeichneten Grundstückes eine Waschküche, einen Stall und eine Retirade mit Vorwissen des P. erbaut, und dieses bebaute Trennstück mit seinem Grundstücke Nr. 208 in der Art wirtschaftlich vereinigt, daß beide künftighin dauernd ein Grundstück bilden sollten. Der Berufungsrichter stellt fest, daß die fragliche Parzelle (Kartenblatt Nr. 415/30) von dem Grundstücke des P. Nr. 202 bis jetzt noch nicht abgeschrieben, daß ferner im Versteigerungstermine ein Auszug aus der Steuerrolle, sowie beglaubigte Abschrift des Grundbuchblattes des Grundstückes Nr. 208 aufgelegt, und sodann dieses Grundstück Nr. 208 ausgeboten ist. Auch das Zuschlagsurteil bezeichnet das verkaufte Grundstück nur mit der „Nr. 208, Art. 922". Der Berufungsrichter gelangt hiernach zu dem Resultate, daß das Trennstück bei dem Versteigerungsverfahren nicht besonders erwähnt ist. Dagegen hat die Übergabe desselben an den Ersteher stattgefunden.

Die Klage führt näher aus, der Mitbeklagte L. sei durch Inädifikation Eigentümer der Parzelle 415/30 geworden und als solcher berechtigt gewesen, sie als Pertinenz mit seinem Grundstücke zu vereinigen; auch hätten sich das Versteigerungsverfahren und das Zuschlagsurteil auf die Parzelle, ohne welche das Hauptgrundstück unbewohnbar sei, mitbezogen. Der Kläger, jetzt dessen Erben, verlangen deshalb die Anerkennung ihres Eigentumes, und zwar gegenüber dem P. als Bucheigentümer, gegenüber den Eheleuten L., weil diese durch Verträge mit dem P. vom $\frac{\text{23. Oktober 1883}}{\text{16. Januar 1884}}$ das Trennstück eigentümlich erworben haben wollen.

Die Beklagten haben bestritten, daß der Kläger v. N. durch das Zuschlagsurteil das Eigentum der fraglichen Parzelle erworben habe.

Von beiden Instanzrichtern ist die Klage für begründet erachtet. Der Berufungsrichter hat verurteilt a) die Mitbeklagten Eheleute L. das Eigentum der Erben des Klägers anzuerkennen und in die Auflassung zu willigen, b) den Mitbeklagten P. die Auflassung zu erklären. Er führt aus, daß der Mitbeklagte L. durch Inädifikation (§. 332 A.L.R. I. 9) das Eigentum an der Parzelle erworben und dieselbe mit seinem Grundstücke Nr. 208 vereinigt habe. Er sagt dann weiter:

> Wenngleich des Streitstückes im Subhastationsverfahren keiner besonderen Erwägung geschehen, ist dasselbe dennoch dem Ersteher zugeschlagen, weil es ein Pertinenzstück des zugeschlagenen Grundstückes Nr. 208 und von dem Verkaufe nicht ausgeschlossen ist. Hätte solches nicht geschehen sollen, so hätte dies im Subhastationsverfahren irgendwie zum Ausdrucke gelangen müssen, was in dem vorliegenden Falle um so nötiger war, als das Streitstück mit dem Grundstücke Nr. 208 verbunden ist.

Der Angriff der Beklagten gegen das Berufungsurteil rügt in erster Linie die Verletzung von Grundsätzen des Versteigerungsverfahrens, weil angenommen ist, das Zuschlagsurteil beziehe sich auf ein Pertinenzstück, welches im Grundbuche als Teil eines anderen, nicht zur Versteigerung gestellten Grundstückes eingetragen und nicht mit ausgeboten ist.

Die Beschwerde muß für begründet erachtet werden.

Das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 bestimmt im §. 13, daß der Antrag auf Zwangsversteigerung die Bezeichnung des zu versteigernden Grundstückes enthalten muß. Nach §. 14 ist dem Antrage ein das Grundstück betreffender neuester Auszug aus der Grundsteuermutterrolle und der Gebäudesteuerrolle beizulegen. §. 16 verordnet, daß der Beschluß über die Einleitung des Verfahrens aussprechen soll, daß „das Grundstück" zu Gunsten des Gläubigers in Beschlag genommen wird. Zufolge §. 40 muß die Bekanntmachung des Versteigerungstermines enthalten:

1. eine Bezeichnung des zum Verkaufe bestimmten Grundstückes, welche genügt, dasselbe von anderen zu unterscheiden,
2. das Gesamtmaß der der Grundsteuer unterliegenden Flächen,
7. die Anzeige, wo der Auszug aus der Steuerrolle, beglaubigte Abschrift des Grundbuchblattes oder Artikels eingesehen werden können.

Die Nummern 8 und 9 des §. 40 a. a. O. enthalten ferner die Aufforderung an alle diejenigen, welche Realrechte oder das Eigentum an dem Grundstücke beanspruchen, sich zu melden, und ihre Rechte nach näherer Bestimmung des Gesetzes wahrzunehmen. Wird der Zuschlag erteilt, so sind nach §. 83 in der Formel des Urteiles „das versteigerte Grundstück", der Ersteher und das Gebot zu bezeichnen. Durch den Zuschlag erwirbt der Ersteher, wie §. 97 sagt, das Eigentum „des versteigerten Grundstückes". Bei der Verteilung des Kaufgeldes werden außer dem Gläubiger und Schuldner nur die Realinteressenten (§§. 21. 13) des versteigerten Grundstückes nach näherer Bestimmung der §§. 101 flg. zugezogen und berücksichtigt.

Alle diese Vorschriften lassen deutlich erkennen, daß das Versteigerungsverfahren sich nur auf dasjenige Grundstück erstreckt, welches in dem Antrage, in der Beschlagnahmeverfügung und in dem Zuschlagsurteile unter Hinweis auf den Auszug aus den Steuerrollen bezeichnet ist. Nur die Realinteressenten dieses Grundstückes sind gesetzlich berechtigt und verpflichtet, ihre Rechte in dem Verfahren geltend zu machen. Es würde die Rechtssicherheit gefährden, wenn man annehmen wollte, daß sich die Rechtswirkung des Zuschlagsurteiles auch auf andere Grundstücke bezieht, und daß Personen, welchen Eigentum oder dingliche Rechte an anderen Grundstücken zustehen, diese verlieren, obwohl sie zur Geltendmachung derselben in dem Versteigerungsverfahren nicht befugt sind.

Dieser Rechtsansicht entsprechend ist bereits eine Reihe von Entscheidungen des Reichsgerichtes ergangen. Das Urteil vom 10. Februar 1886 in Sachen H. w. St. (Rep. V. 280/85, abgedruckt in Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 S. 249) spricht generell den Satz aus, daß ein Grundstück, welches ein eigenes Blatt im Grundbuche hat, nicht stillschweigend zugleich mit einem anderen Grundstücke durch Adjudikation oder Auflassung des letzteren in das Eigentum eines Anderen übergehen kann. Der Grundsatz wird als notwendige Konsequenz der Grundbucheinrichtung und der sie beherrschenden Prinzipien der Spezialität und Publizität hingestellt. Ferner ist in betreff unbeweglicher Pertinenzien erkannt, daß ihre thatsächliche Vereinigung mit anderen Grundstücken das Recht des Bucheigentümers der ersteren nicht aufhebt,

vgl. Urt. v. 17. Februar 1886 in Sachen J. w. v. P., Rep. V. 203/85, abgedruckt in Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 704,

daß vielmehr nach den Grundbuchgesetzen vom 5. Mai 1872 Pertinenzien, welche als selbständige Grundstücke im Grundbuche und in den Steuerbüchern eingetragen sind, den Wirkungen der Zwangsversteigerung des Hauptgutes nur unterliegen, wenn sich das Verfahren mit auf sie erstreckt hat.

Vgl. Urt. vom 25. Juni 1881 in Sachen preußische Hypothekenversicherungsgesellschaft w. B., Rep. V. 659/81, und vom 3. Juli 1886 in Sachen v. L. w. M., Rep. V. 62/86.

An diesen Grundsätzen muß auch für den Fall festgehalten werden, wenn ein Grundstück, welches thatsächlich mit einem anderen als Pertinenz oder Substanzteil verbunden ist, zwar kein selbständiges Blatt im Grundbuche hat, aber nach den Steuerbüchern Teil eines anderen Grundstückes ist, für welches ein eigenes Grundbuchblatt besteht. Wird in solchem Falle der Zwangsverkauf des Grundstückes, mit welchem die Pertinenz thatsächlich verbunden ist, eingeleitet, so erstreckt sich das Verfahren nur auf dieses. Das Gesetz vom 13. Juli 1883 verpflichtet weder den Eigentümer, noch die Realgläubiger desjenigen Grundstückes, zu welchem die Pertinenz grundbuchmäßig gehört, sich bei dem Verfahren zu beteiligen. Sie können deshalb ihre Rechte durch das Zuschlagsurteil auch nicht verlieren.

An diesem Resultate wird auch dadurch nichts geändert, daß der Eigentümer des versteigerten Grundstückes durch Bebauung (Inädifikation) gemäß §. 332 A.L.R. I. 9 das Eigenthum des Pertinenzstückes erworben hat. In solchem Falle handelt es sich nicht um eine freiwillige Veräußerung. Der §. 1 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 findet also keine Anwendung, sondern der Bebauende wird auch ohne Auflassung und Eintragung Eigentümer. Dagegen erlangt er nach §. 5 desselben Gesetzes das Recht der Auflassung und Belastung des Grundstückes erst durch seine Eintragung im Grundbuche. Bis dieselbe erfolgt, bleibt das durch Bebauung erworbene Trennstück grundbuchmäßig Teil desjenigen Grundstückes, zu welchem es nach dem Grundbuche und den Steuerbüchern gehört. Der Glaube des Grundbuches bewirkt, daß Veräußerungen oder Belastungen, welche der Eigentümer des letzteren vornimmt, für jeden redlichen Dritten Rechtswirksamkeit erlangen (§§. 7. 19 des Eigentumserwerbsgesetzes). Will derjenige, welcher durch Bebauung Eigentümer geworden ist, diese Verbindung des Trennstückes mit dem Stammgrundstücke lösen, so muß

er die Abschreibung des ersteren veranlassen. Erst von dem Zeitpunkte ab, wo das Trenngrundstück ein eigenes Blatt im Grundbuche erhält oder einem anderen Grundstücke zugeschrieben wird, fällt die im §. 5 des Eigentumserwerbsgesetzes dem Eigentümer, welcher das Eigentum ohne Auflassung erworben hat, gesetzte Schranke seiner Dispositionsbefugnis fort. Bis dahin hindert §. 5 des Eigentumserwerbsgesetzes eine freiwillige Veräußerung mit der Wirkung des Eigentumsüberganges, und dasselbe muß von einer Zwangsversteigerung auf Grund des Gesetzes vom 13. Juli 1883, welches nach den Eingangsworten „für den Bereich der Grundbuchordnung" erlassen ist, gelten.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so führen sie zur Abweisung der Klage. Das Grundbuch der Stadt Stolp ist, worüber die Vorderurteile keinen Zweifel lassen, auf die Steuerbücher zurückgeführt. Zur Zwangsversteigerung gestellt und zugeschlagen ist nur das durch Hinweis auf die Artikelnummer 922 bezeichnete Grundstück Nr. 208. Zu diesem gehört die streitige Parzelle 415/30 weder nach dem Grundbuche, noch nach den Steuerbüchern. Der Rentier v. N. hat deshalb das Eigentum an derselben durch den Zuschlag nicht erworben. Der Umstand, daß der frühere Eigentümer des Grundstückes Nr. 208, der Mitbeklagte L., durch Bebauung Eigentümer der Parzelle geworden ist und sie mit dem versteigerten Grundstücke verbunden hat, verleiht dem Zuschlagsurteile keine Rechtswirkung in betreff dieses, in demselben nicht bezeichneten Trennstückes."

---

60. Wie weit ist der Teilhaber einer formlos geschlossenen Gesellschaft den übrigen Teilhabern zur Rechnungslegung verpflichtet?

IV. Civilsenat. Urt. v. 28. April 1887 i. S. H. (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. IV. 6/87.

I. Landgericht Glatz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Gründe:

„Der Berufungsrichter stellt als unbestritten fest:
daß die Parteien im Jahre 1875 ein mündliches Abkommen des Inhaltes getroffen haben, daß der Bau der Hygiea auf gemeinschaftliche Rechnung in der Weise weiter und zu Ende geführt werden

sollte, daß Kläger die spezielle Bauleitung, der Beklagte die generelle Aufsicht zu führen und die nötigen Geldmittel zu beschaffen habe, daß aber der aus dem Bau erzielte Reingewinn zu gleichen Teilen geteilt werden sollte.

Wäre dieses Abkommen schriftlich geschlossen worden, so würde es nach §. 219 A.L.R. I. 17 unzweifelhaft sein, daß der Beklagte, zumal er gemäß fernerer Feststellung des Berufungsrichters nach Fertigstellung des Baues von dem Bauherrn 78 000 ℳ empfangen hat, dem Kläger zur Rechnungslegung über die von ihm für die Gesellschaft übernommenen und geführten Geschäfte verpflichtet war.

Da indessen die schriftliche Form des Gesellschaftsvertrages fehlt, so kann nach §. 171 a. a. O. diese Bestimmung allerdings direkt keine Anwendung finden. Demungeachtet ist auch bei dieser Lage der Sache der Anspruch des Klägers auf Rechnungslegung begründet. Denn die Übernahme der Führung der Geschäfte der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter ist nicht Essentiale des Gesellschaftsvertrages; die Gesellschafter können die ganze Geschäftsführung einem Dritten übertragen. Sie ist auch nicht einmal Naturale; nach §. 207 daselbst müssen vielmehr der Regel nach die Sozietätsgeschäfte von sämtlichen Mitgliedern gemeinschaftlich betrieben und vollzogen werden. Dieselbe ist vielmehr ein Accidentale, welches ein besonderes Übereinkommen, sei es im Gesellschaftsvertrage, sei es außerhalb desselben, voraussetzt. Daß dies Übereinkommen ein besonderer Vertrag ist, ergeben:

§. 210: Ist einem der Gesellschafter der Betrieb aller oder einer gewissen Art der Sozietätsgeschäfte ohne weitere Bestimmung übertragen, so ist das Verhältnis desselben nach den Regeln von unbeschränkten Vollmachtsaufträgen (§§. 98 flg. I. 13) zu beurteilen.

§. 227: Für den bei solcher Gelegenheit (d. h. nach §. 226: bei Ausrichtung der Sozietätsgeschäfte) erlittenen Schaden kann er nur unter eben den Umständen, wie ein Bevollmächtigter, Ersatz fordern.

Hieraus ist zu ersehen, daß die nur für den Gesellschafter, welcher für die Gesellschaft Geschäfte übernommen hat, gegebene Regel des §. 219 a. a. O.:

den übrigen Mitgliedern der Gesellschaft ist jeder Mitgenosse, von seinen für die Gesellschaft übernommenen Geschäften Rechnung zu legen verpflichtet,

wesentlich nichts anderes ist, als die Rechenschaftsablegung, zu welcher der Bevollmächtigte nach §. 61 A.L.R. I. 13, ja selbst der Geschäftsführer ohne Auftrag nach §. 256 daselbst verpflichtet ist. Die Verpflichtungen, welche durch die aufgetragene oder nicht aufgetragene Führung der Geschäfte der Gesellschaft entstehen, insbesondere die Verpflichtung zur Rechnungslegung, entspringen hiernach nicht eigentlich aus dem Gesellschaftsvertrage als solchem, sondern aus dem besonderen, die Übertragung der Societätsgeschäfte betreffenden Übereinkommen.

Das Oberhandelsgericht führt in der Entscheidung vom 17. Mai 1872 (Stegemann, Rechtsprechung Bd. 7 S. 140) aus:

> daß nach §. 219 a. a. O. nicht das Sozietätsverhältnis an sich schon die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters zur Rechnungslegung hervorrufe. Voraussetzung und Bedingung jener Verpflichtung sei vielmehr, daß auf Grund des Sozietätsvertrages und in dessen Erfüllung für die Gesellschaft Geschäfte übernommen und betrieben sind. Das Gesetz erkläre nur denjenigen Gesellschafter für rechnungspflichtig, welcher in Gemäßheit des Sozietätsvertrages gemeinschaftliche Angelegenheiten durch Betreibung von Sozietätsgeschäften besorgt hat (§§. 206 flg. a. a. O.).

Das Obertribunal (Striethorst, Archiv Bd. 84 S. 81) sagt geradezu, daß die §§. 53. 219 A.L.R. I. 17 und die Artt. 266—270 H.G.B. darin übereinstimmen:

> daß bei einem gemeinschaftlichen Geschäfte derjenige Teilnehmer, welcher dasselbe führte, ... wie ein Bevollmächtigter oder negotiorum gestor den übrigen Teilnehmern darüber Rechenschaft geben oder Rechnung legen muß.

Die Wirkungen dieses Übereinkommens sind nicht von der schriftlichen Form des Gesellschaftsvertrages abhängig zu machen, sondern je nach Lage des Falles nach den Grundsätzen über den Vollmachtsauftrag oder die Geschäftsführung ohne Auftrag zu bestimmen, und also, mit anderen Worten, die Verpflichtung des Gesellschafters zur Rechnungslegung ist wenigstens analog auf die durch formlosen Vertrag entstandene Gemeinschaft anzuwenden.

Das Recht des Teilnehmers auf die gemeinschaftliche Sache gehört nach §. 4 A.L.R. I. 17 zu dessen besonderem Eigentume. Die Führung der gemeinsamen Geschäfte durch einen der Gemeinschafter ist daher hinsichtlich dieses besonderen Eigentumes des anderen in derselben

Weise, wie die Besorgung der Geschäfte einer auf schriftlichem Vertrage beruhenden Gesellschaft, Besorgung fremder Geschäfte und enthält als solche die Verpflichtung zur Rechnungslegung in sich. Der Mangel der Schriftform des Gesellschaftsvertrages schließt dies nicht aus. Da unzweifelhaft der Machtgeber auch bei der formlosen Erteilung des Auftrages und bei formloser und selbst stillschweigender Annahme desselben (§. 11 A.L.R. I. 13) seitens des Beauftragten Rechnungslegung über das von dem letzteren wirklich ausgeführte Geschäft fordern kann (denn dazu ist der Geschäftsherr nach §. 256 a. a. O. selbst beim Mangel des Auftrages berechtigt), so würde es gewiß auffallend sein, wenn man den Miteigentümern, welche einem der Mitinteressenten die Führung der die gemeinschaftliche Sache betreffenden Geschäfte übertragen haben, den Anspruch auf Rechnungslegung um deswillen versagen wollte, weil die Gemeinschaft und der Vollmachtsauftrag auf einem formlosen Gesellschaftsvertrage beruht. Ein solcher Mitinteressent ist im §. 41 A.L.R. I. 17 in eine Reihe mit dem fremden Administrator gestellt; der Gegenstand des Auftrages ist bei beiden völlig derselbe; der Umstand, daß der mit der Verwaltung betraute Mitinteressent, soweit seine Beteiligung reicht, seine eigenen Geschäfte führt, ist für die Frage, ob die anderen Mitinteressenten für ihren Anteil Rechnungslegung fordern können, ein unerheblicher. Denn hinsichtlich dieser Anteile führt er, wie der fremde Administrator, fremde Geschäfte.

Die Verpflichtung des Gemeinschafters, welcher die Geschäfte einer auf formlosem Vertrage beruhenden Gemeinschaft führt, zur Rechnungslegung nimmt denn auch Dernburg in der vom Berufungsrichter angeführten Stelle (§. 216 II.) an, und zwar in Übereinstimmung mit dem von ihm herangezogenen Urteile des Reichsgerichtes,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 S. 333,

welches allerdings die Eigentümlichkeit hatte, daß der Teilnehmer im eigenen Namen gehandelt hatte.

Die vom Revisionskläger herangezogene Ausführung des in Gruchot (Beiträge Bd. 20 S. 199) enthaltenen Aufsatzes stützt sich, soweit das preußische Recht in Betracht kommt, lediglich darauf, daß eine Pflicht zur Rechnungslegung nur bei der Sozietät aufgestellt ist; die oben angegebenen Gesichtspunkte sind dabei nicht erörtert."

61. 1. Inwieweit steht den staatlichen Hinterlegungsstellen die selbständige Entscheidung über die Auszahlung hinterlegter Gelder zu, insbesondere dann, wenn die Hinterlegung auf Grund des §. 803 C.P.O. zum Zwecke der Abwendung des Arrestvollzuges erfolgt war?

2. Kann im Sinne des §. 24 der Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 der Arrest als „beseitigt" gelten, wenn er durch ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben ist?

VI. Civilsenat. Urt. v. 2. Mai 1887 i. S. A. O. (Kl.) w. 1) den Königl. preuß. Fiskus, Hinterlegungsstelle zu Br., 2) W. K. (Bekl.) Rep. VI. 50/87.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Durch Gerichtsbeschluß vom 30. März 1882 ist wegen eines angeblichen Anspruches der Klägerin auf Höhe von 8000 ℳ der dingliche Arrest gegen die Kaufleute O. und L. Sp. angeordnet, eine Hypothekenforderung von 30 000 ℳ gepfändet und der Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes von der Hinterlegung eines Geldbetrages von 8000 ℳ abhängig gemacht worden. Nachdem dieser Geldbetrag von O. und L. Sp. am 6. Januar 1883 bei der Hinterlegungsstelle zu Br. hinterlegt war, erfolgte die Aufhebung der Pfändung der Hypothekenforderung. Demnächst wurde von O. und L. Sp. gegen den Arrest selbst Widerspruch erhoben und auf diesen Widerspruch in erster Instanz der Arrest bestätigt, von dem Berufungsgerichte dagegen durch Urteil vom 23. April 1884 abändernd auf Aufhebung des Arrestes erkannt, dieses Urteil auch für vorläufig vollstreckbar erklärt.

Nunmehr beantragte der Mitbeklagte K., welchem O. und L. Sp. das Recht auf Erhebung der hinterlegten 8000 ℳ unter dem 17. Juli 1883 und 23. Juni 1884 notariell abgetreten hatten, unter Überreichung des Urteiles vom 23. April 1884 und der Cession bei der Hinterlegungsstelle zu Br. die Auszahlung der hinterlegten 8000 ℳ an ihn, welche dann auch am 8. Juli 1884 erfolgt ist. Durch Urteil des Reichsgerichtes vom 14. Februar 1885 wurde jedoch das Berufungsurteil vom 23. April 1884 auf die von der Klägerin eingelegte Revision aufgehoben, die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen

und von diesem sodann durch Urteil vom 24. Juni 1885 der am 30. März 1882 angeordnete Arrest in Höhe von 4800 ℳ rechtskräftig bestätigt.

Mit der Behauptung, daß die hinterlegten 8000 ℳ in widerrechtlicher Weise von der Hinterlegungsstelle ausgezahlt und von K. in Empfang genommen seien, verlangt nun Klägerin im gegenwärtigen Prozesse, daß beide Beklagte solidarisch verurteilt werden, die Arrestmasse von 8000 ℳ in Höhe von 4800 ℳ nebst Depositalzinsen wiederherzustellen bezw. in der staatlichen Hinterlegungsstelle zu hinterlegen.

Beide Vorinstanzen haben auf Abweisung der Klage erkannt. Die Revision der Klägerin wurde zurückgewiesen, und zwar in Ansehung des gegen den preußischen Fiskus gerichteten Anspruches aus folgenden

Gründen:

„Nach den Vorschriften der preußischen Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 (G.S. S. 249) erwirbt bei der Hinterlegung von Geld der preußische Staat das Eigentum an dem hinterlegten Gelde gegen die Verpflichtung, künftig einen dem hinterlegten gleichkommenden Geldbetrag nebst Hinterlegungszinsen an den zum Empfange des Geldes Berechtigten auszuzahlen (§§. 7. 8 der Hinterlegungsordnung).

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 11 S. 320.

Bei der Hinterlegungsstelle ist demnächst das Gesuch um Auszahlung einzureichen und demselben der Nachweis der Berechtigung zur Empfangnahme beizufügen (§. 22 a. a. O.). Sieht die Hinterlegungsstelle diesen Nachweis als erbracht an, so erläßt sie die Anweisung zur Auszahlung des hinterlegten Geldes; entgegengesetzten Falles hat sie den Antragsteller von dem der Auszahlung entgegenstehenden Hindernisse in Kenntnis zu setzen (§§. 23. 5 a. a. O.). Über die Frage, unter welchen Bedingungen der Nachweis der Empfangsberechtigung für geführt zu erachten ist, enthält die Hinterlegungsordnung keine allgemeingültigen Bestimmungen.

Wenn in den §§. 30. 31 a. a. O. zum Zwecke der Verkehrserleichterung und der Entlastung der Staatskasse von Verantwortlichkeit (vgl. die Motive zum Entwurfe der Hinterlegungsordnung) einzelne Fälle hervorgehoben sind, in welchen das Gesuch oder das Ersuchen um Auszahlung nicht abgelehnt werden darf, so läßt sich daraus nicht mit der Revision folgern, daß eine ohne die Voraussetzungen der

§§. 30. 31 erfolgte Auszahlung stets für widerrechtlich zu erachten, und daß namentlich zu einer Rückzahlung an den Hinterleger der Fiskus durchweg nur dann ermächtigt sei, wenn eine spezielle auf Rückzahlung lautende vollstreckbare Verfügung des Gerichtes oder die Zustimmung aller Beteiligten beigebracht ist. Vielmehr ergiebt sich aus der Fassung der §§. 30. 31 ebenso deutlich wie aus den §§. 22—24. 28. 29. 32 a. a. O., daß die Hinterlegungsstelle regelmäßig nach ihrem Ermessen, soweit dasselbe nicht durch Entscheidungen der zuständigen Gerichte oder durch Vorschriften der Hinterlegungsordnung selbst beschränkt ist, selbständig darüber zu befinden hat, ob der Nachweis der Empfangsberechtigung als erbracht anzusehen. Allerdings erwächst aus der selbständigen Auszahlung für die Hinterlegungsstelle die Gefahr, die Zahlung noch einmal leisten zu müssen, falls später im Prozeßwege festgestellt wird, daß der Empfänger zur Zeit der Auszahlung nicht empfangsberechtigt war, und gegen diese Gefahr wird sich die Hinterlegungsstelle bei einzelnen Arten der Hinterlegung nicht anders schützen können, als wenn vor der Auszahlung die Person des Empfangsberechtigten durch übereinstimmende Willenserklärung oder durch ein die Empfangsberechtigung feststellendes Urteil bestimmt ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 11 S. 321 über den Fall der Hinterlegung aus §. 801 C.P.O., sowie auch Bd. 12 S. 394 flg.

Allein einer solchen Bestimmung bedurfte es im vorliegenden Falle nicht.

Es handelt sich hier um eine gemäß §. 803 C.P.O. zum Zwecke der Beseitigung des Arrestvollzuges bewirkte Hinterlegung, welche der Klägerin nicht mehr Rechte verleihen konnte, als der vorangegangene Arrestvollzug, deren Wirkung vielmehr nur darin bestand, daß der Gegenstand des von der Klägerin zufolge der Arrestvollziehung erworbenen Pfandrechtes sich änderte, indem an Stelle der ursprünglich gepfändeten Hypothekenforderung der hinterlegte Geldbetrag dem Pfandrechte unterworfen wurde.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 9 S. 428. 429; vgl. auch Bd. 12 S. 222 flg.

Auf die Fortdauer dieses Pfandrechtes und auf die fernere Einbehaltung der hinterlegten 8000 ℳ stand der Klägerin ein Anspruch nicht mehr zu, sobald der für sie angelegte Arrest auf den Widerspruch der Schuldner unbedingt aufgehoben war (§§. 804. 805 C.P.O.). Hätte

also der Beklagte K. zum Nachweise seiner Empfangsberechtigung neben der Cession der Hinterleger ein rechtskräftiges Urteil, durch welches der Arrest aufgehoben worden, der Hinterlegungsstelle vorlegen können, so wäre jeder Zweifel über deren Berechtigung und Verpflichtung zur Auszahlung des hinterlegten Betrages an K. als Rechtsnachfolger der Hinterleger ausgeschlossen. Ein solcher Zweifel kann aber auch daraus nicht abgeleitet werden, daß das den Arrest aufhebende Urteil, auf Grund dessen die Auszahlung erfolgt ist, nur für vorläufig vollstreckbar erklärt war. Denn so lange das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil nicht aufgehoben oder abgeändert ist, steht es, wie der Vorderrichter zutreffend ausführt, bezüglich der Zwangsvollstreckung dem rechtskräftigen Urteile im allgemeinen gleich (§§. 644. 648 flg. C.P.O.). Wie der Schuldner auf Grund der Ausfertigung eines solchen Urteiles die Aufhebung der zur Vollziehung des Arrestes erfolgten Vollstreckungsmaßregeln verlangen kann (§§. 808. 691 Nr. 1. 692 C.P.O.), so darf ihm auch die Rückzahlung des zur Hemmung des Vollzuges hinterlegten Betrages nicht versagt werden. Mit Unrecht beruft sich die Revisionsklägerin hiergegen auf den §. 24 der Hinterlegungsordnung. Wenn danach die Auszahlung von Beträgen, welche im Wege des Arrestes gepfändet sind, für unstatthaft erklärt wird, solange der Arrest zwischen den beteiligten Parteien nicht „beseitigt" ist, so fehlt es doch an jedem Anhalte für die Annahme, daß hier eine Beseitigung durch rechtskräftige richterliche Entscheidung vorausgesetzt sei. Vielmehr muß nach dem vorher Gesagten im Sinne des §. 24 a. a. O. der Arrest als beseitigt gelten, sobald ein gemäß §. 648 Nr. 5 C.P.O. für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil vorliegt, auf Grund dessen der Schuldner zu dem Antrage auf Aufhebung der Arrestmaßregeln befugt ist.

Hiernach kann eine Gesetzesverletzung darin nicht erblickt werden, daß die Vorinstanz den K. als zum Empfange der 8000 ℳ berechtigt angesehen hat, und demzufolge auch von einem Versehen im Sinne der §§. 19. 23 A.L.R. I. 3, welches der beklagte Fiskus durch die Auszahlung begangen haben soll, nicht die Rede sein."

62. 1. Kommt die in §. 1 A.L.R. II. 2 aufgestellte Vermutung der Ehelichkeit auch denjenigen Kindern zu statten, welche in einer demnächst für ungültig erklärten Ehe geboren sind?

2. Erfordernisse der Anfechtungserklärung des die Unrechtmäßigkeit des Kindes behauptenden Ehemannes.

A.L.R. II. 2 §§. 1. 50. 57. §§. 7 flg.

IV. Civilsenat. Urt. v. 12. Mai 1887 i. S. E. H. (Kl.) w. G. H. (Bekl.) Rep. IV. 414/86.

I. Landgericht Bielefeld.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Ehe des Beklagten und der Mutter des Klägers ist im Jahre 1874 auf die Klage des ersteren rechtskräftig für ungültig erklärt, weil für erwiesen erachtet wurde, daß der 4 Monate 2 Tage nach der Eheschließung geborene Kläger nicht vom Beklagten erzeugt sei und der Beklagte sich bei Eingehung der Ehe über den Zustand der Schwangerschaft seiner Ehefrau in einem gemäß §. 40 A.L.R. II. 1 die Ungültigkeit der Ehe bewirkenden Irrtume befunden habe. Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger, nachdem inzwischen eine Entscheidung über seinen Status nicht ergangen war, die Anerkennung seiner Ehelichkeit und Alimentation von seiten des Beklagten begehrt. Letzterer hat unter Hinweis darauf, daß er in dem gegen die Mutter des Klägers geführten Prozesse die Ehelichkeit des letzteren formgerecht und rechtzeitig angefochten habe, die Abweisung der Klage und widerklagend die Feststellung der Unehelichkeit des Klägers beantragt. Das Berufungsgericht hat nach dem Antrage des Beklagten erkannt, indem es die Legitimität des Klägers für rechtzeitig angefochten und dessen Unehelichkeit gemäß §§. 2 flg. A.L.R. II. 2 für nachgewiesen erachtet hat. Die hiergegen vom Kläger eingelegte Revision ist für begründet erachtet aus folgenden

Gründen:

„Mit der konstanten Rechtsprechung des preußischen Obertribunales, welcher die Praxis gefolgt und auch die Doktrin in überwiegendem Maße beigetreten ist, ist davon auszugehen, daß die im §. 1 A.L.R. II. 2 aufgestellte Vermutung der Ehelichkeit auch denjenigen während

der Ehe geborenen Kindern, welche nicht während der Ehe erzeugt sind, zu statten kommt.

Im weiteren war mit dem Berufungsrichter anzunehmen, daß sich auf diese Vermutung auch die in einer demnächst für ungültig erklärten Ehe geborenen Kinder berufen dürfen. Das Präjudiz des preußischen Obertribunales Nr. 1232 vom 28. November 1842 (Präj.-Samml. Bd. 1 S. 162), dessen Gründe nicht bekannt sind, hat zwar den entgegengesetzten Grundsatz ausgesprochen, und Dernburg (Preuß. Privatrecht 3. Aufl. Bd. 3 S. 222) ist gleichfalls der — nicht weiter motivierten — Ansicht, daß die ungültige Ehe keine Präsumtion dafür herstelle, daß die in derselben geborenen, aber früher konzipierten Kinder von dem späteren Pseudoehemanne erzeugt seien. Allein zutreffend legt der Berufungsrichter dar, daß die letztgedachte Auffassung mit den §§. 50. 57 A.L.R. II. 2 unvereinbar ist, wonach die aus einer, in der Folge für ungültig erklärten Ehe erzeugten Kinder in Ansehung ihrer Eltern alle Rechte der ehelichen haben. Hierdurch ist ausgesprochen, daß die ungültige Ehe für die Kinder als eine gültige insoweit angesehen werden soll, als es sich um deren Verhältnis zu den Eltern handelt. Sie muß also auch zu Gunsten der Kinder die an eine gültige Ehe geknüpfte Vermutung des §. 1 A.L.R. II. 2 wirken. Wollte man dies nicht annehmen, so würde es für jedes in einer ungültigen Ehe auch nach dem 210. Tage seit deren Schließung geborene Kind des besonderen Nachweises der Erzeugung durch den Ehemann bedürfen, um demselben die Rechte eines ehelichen zu verschaffen. Daß dahin die Absicht des Gesetzgebers gegangen sei, kann daraus allein, daß die §§. 50. 57 a. a. O. nur von „den daraus (d. h. aus einer richtigen bezw. ungültigen Ehe) erzeugten Kindern" sprechen, nicht gefolgert werden. Vielmehr liegt die Annahme näher, daß hiermit alle Kinder haben bezeichnet werden sollen, welche in der Ehe oder während eines Zeitraumes von 302 Tagen nach Auflösung der Ehe (vgl. §§. 19. 40 a. a. O.) geboren sind, da so wenig die Gesetzesmaterialien,

vgl. Bornemann, Systemat. Darstellung 2. Aufl. Bd. 5 S. 277 flg.;
Suarez, Schlußbericht, Jahrbücher Bd. 41 S. 134,

wie der sonstige Gesetzesinhalt einen Anhalt dafür gewähren, daß man in dieser Beziehung einen so durchgreifenden Unterschied zwischen den Kindern aus gültigen und den aus nichtigen oder ungültigen Ehen habe statuieren wollen. Jedenfalls aber ist man nicht berechtigt, die

im §. 1 a. a. O. aufgestellte Präsumtion in betreff der Kinder aus ungültigen Ehen so, wie dies vom Obertribunale und Dernburg geschieht, teilweise anzuwenden und teilweise für unanwendbar zu erklären, da es hierfür an inneren und äußeren Gründen fehlt. Freilich muß man, wie der Berufungsrichter mit Recht hervorhebt, hierbei nicht bloß an den hier in Frage kommenden, sondern auch an die sonstigen Ungültigkeitsgründe (z. B. Mangel des väterlichen oder vormundschaftlichen Konsenses) denken, für welche alle der §. 57 a. a. O. die gemeinsame Regel aufgestellt hat.

Von der hier vertretenen Auffassung ist der erkennende Senat auch schon in dem vom Richter angezogenen Urteile vom 19. Juli 1882 (J.M.Bl. von 1882 S. 283) ausgegangen, wiewohl es damals — nach der besonderen Lage des Falles — einer bestimmten Entscheidung über die erörterte Frage nicht bedurfte. —

Dagegen walten erhebliche Bedenken gegen die fernere Ausführung des Berufungsrichters ob, daß die im §. 7 A.L.R. II. 2 bestimmte Anfechtungsfrist vom Beklagten gewahrt sei.

Das preußische Obertribunal hat in konstanter Praxis angenommen, daß diese Frist nicht eine (Klage-) Verjährungs-, sondern eine Präklusivfrist sei, deren Versäumung vom Gesetze als stillschweigendes Anerkenntnis der Ehelichkeit des Kindes von seiten des Vaters angesehen werde,

vgl. Plenarbeschluß vom 22. Januar 1844 in Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 9 S. 43 flg.,

und dieser Annahme ist die Mehrzahl der Schriftsteller beigetreten,

vgl. Bornemann, a. a. O. Bd. 5 S. 269; Förster-Eccius, Theorie ꝛc Bd. 4 S. 136 Note 31; Dernburg, a. a. O. Bd. 3 S. 141,

wiewohl es auch nicht an Widerspruch gefehlt hat.

Vgl. Koch, Kommentar Note 13 zu §. 7 a. a. O.

Das Reichsgericht hat keinen genügenden Anlaß gefunden, von der wohlmotivierten Auffassung des Obertribunales abzugehen.

Es fragt sich aber, wie die zur Wahrung der Frist erforderliche Erklärung beschaffen sein muß. Der §. 7 a. a. O., dahin lautend:

„Der Ehemann, welcher solchergestalt die Rechtmäßigkeit eines von seiner Frau während der Ehe geborenen Kindes anfechten

will, muß sich darüber binnen Jahresfrist nach erhaltener Nachricht von der Geburt desselben bei Verlust seines Rechtes gerichtlich erklären,"

giebt hierüber keinen sicheren Aufschluß und in der Doktrin herrscht Streit. Während Förster-Eccius (Bd. 4 S. 136 Note 31. 32) eine Anfechtungsklage für erforderlich halten, ist Dernburg (Bd. 3 S. 141 Note 8) der Meinung, daß auch eine gerichtliche „Protestation" genüge. Der gegenwärtig erkennende Senat des Reichsgerichtes ist in dem Urteile vom 8. Juni 1885,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 276,

der letzteren Ansicht beigetreten und hat angenommen, daß das Gesetz die Innehaltung der Frist nicht an die Voraussetzung knüpfe, daß innerhalb derselben die Anfechtungsklage erhoben sei, sondern daran, daß der Ehemann überhaupt nur einem Gerichte — sei es auch durch eingereichten Schriftsatz — seine Anfechtungsabsicht erklärt habe, und daß man diese Erklärung mit Dernburg als eine gerichtliche Protestation im Sinne der §§. 466. 467 A.L.R. I. 14 aufzufassen habe, deren gerichtliche Bekanntmachung an den Gegenteil der Ehemann zugleich zu veranlassen habe. Hieraus ergeben sich als unerläßliche Erfordernisse der fraglichen Erklärung,

1. daß sich solche inhaltlich als Ausdruck des Willens des Ehemannes zu erkennen giebt, das Kind als das seinige nicht anzuerkennen (§. 14 A.L.R. II. 2);
2. daß sie gegen das Kind, als diejenige Person, deren Rechte dadurch betroffen werden, gerichtet, mithin zu dem ersichtlichen Zwecke abgegeben sein muß, zur Kenntnis des dem Kinde bestellten oder aus diesem Anlasse zn bestellenden Vertreters gebracht zu werden (vgl. §§. 8. 9 a. a. O.).

Zu anderen Zwecken und gegen andere, zur Vertretung des Kindes nicht berechtigte Personen, wenn auch vor Gericht, abgegebene Erklärungen des Inhaltes, daß die Ehelichkeit des Kindes bestritten werde, sind demnach zur Wahrung der Frist regelmäßig nicht genügend, weil sie für sich weder darauf angelegt noch dazu geeignet sind, eine Lage zu schaffen, welche eine baldige Austragung der streitigen Statusfrage ermöglichte, wie sie dem Gesetzgeber offenbar als wünschenswert erscheint

und durch Einführung der dem gemeinen Rechte unbekannten Anfechtungsfrist befördert werden sollte.[1]

Jenen Erfordernissen entsprechen nun diejenigen Erklärungen, durch welche der Berufungsrichter die in Rede stehende Frist als gewahrt ansieht, nach dessen vorliegenden Feststellungen nicht. Dieselben befinden sich in der Klageschrift und Appellationsrechtfertigungsschrift eines im Jahre 1874 von dem jetzigen Beklagten gegen seine Ehefrau (die Mutter des gegenwärtigen Klägers) auf Ungültigkeitserklärung der Ehe wegen Irrtumes über die Unbescholtenheit der letzteren angestrengten Prozesses und enthalten die zur Begründung jener Klage notwendige Behauptung, daß das 4 Monate 2 Tage nach der Hochzeit geborene Kind nicht von dem damaligen Kläger, sondern von einem genannten Dritten erzeugt sei, indem der Kläger, wie er eidlich zu erhärten bereit sei, mit der Mutter innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit nicht konkumbiert habe. Sie sind mithin an sich nur gegenüber der damaligen Prozeßgegnerin abgegeben, welche zur Wahrnehmung der Rechte ihres Kindes gegen ihren Ehemann zweifellos nicht legitimiert war,

vgl. Striethorst, Archiv Bd. 70 S. 153 flg.,

und traten weder formell noch materiell aus dem Rahmen jenes Prozesses heraus. Daraus allein, daß das Kreisgericht zu Minden, bei dessen erster Abteilung der Prozeß schwebte, in seiner zweiten Abteilung das für die Einleitung der Kuratel über das Kind zuständige Vormundschaftsgericht war, läßt sich nicht mit dem Berufungsrichter das Gegenteil folgern. Denn eine gesetzliche oder reglementarische Verpflichtung des Prozeßrichters, ohne jeden erkennbaren Antrag des damaligen Klägers von seiner in Prozeßschriften enthaltenen Erklärung der zuständigen Vormundschaftsbehörde zwecks weiterer Veranlassung gemäß §. 9 A.L.R. II. 2 Mitteilung zu machen, läßt sich grundsätzlich nicht anerkennen und ist auch vom Berufungsrichter in keiner Weise begründet. Es ist nicht einmal festgestellt, daß dahin auch nur die Absicht des damaligen Klägers bei Abgabe seiner Erklärungen und Einreichung derselben an das Gericht gegangen sei, und daß derselbe bezweckt oder geglaubt habe, hierdurch der Vorschrift des §. 7 a. a. O. zu genügen.

[1] Solche Fristbestimmungen enthalten fast alle neueren Gesetzgebungen; vgl. Fuchs, Die Rechtsvermutung der ehelichen Vaterschaft S. 43; Roth, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 283; Bernhöft in seiner Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 4 S. 246—252; Stobbe, Deutsches Privatrecht S. 315 flg. D. E.

Das hiernach auf Verletzung von Rechtsnormen beruhende Berufungsurteil war daher aufzuheben. Es ist jedoch nach Lage des Falles nicht für ausgeschlossen erachtet, daß der Berufungsrichter aus dem gesamten Inhalte der gedachten Erklärungen in Verbindung mit den begleitenden Umständen die Überzeugung zu gewinnen vermöchte, wie jene in der erkennbaren Absicht abgegeben seien, zugleich als Protestationen gegenüber dem Kinde (jetzigen Kläger) im Sinne des §. 7 A.L.R. II. 2 zu dienen, und wie dieserhalb der damalige Prozeßrichter veranlaßt gewesen sei, eine jener Absicht entsprechende Mitteilung an die Vormundschaftsabteilung des nämlichen Gerichtes gelangen zu lassen. Solchenfalls würde ohne Rechtsirrtum angenommen werden dürfen, daß das Unterbleiben dieser Mitteilung und der dadurch bezweckten Einleitung einer Kuratel über das nicht anerkannte Kind dem Beklagten nicht zum Nachteile gereichen und die Wirkung der von ihm innerhalb der Jahresfrist eingelegten Protestation nicht beseitigen konnte."

---

63. Ist nach den Grundsätzen des rheinisch-preußischen Rechtes der Bahnkörper einer Privateisenbahn als eine dem Verkehre entzogene Sache — res extra commercium — anzusehen?

II. Civilsenat. Urt. v. 20. Mai 1887 i. S. B. als defin. Syndik des Fallimentes der Aktiengesellschaft Krefeld-Kreis-Kempener Industriebahn (Kl.) w. Sch. u. Gen. (Bekl.) Rep. II. 30/87.

I. Landgericht Düsseldorf.
II. Oberlandesgericht Köln.

Die Entscheidung ist unter „Rheinisches Recht" Nr. 73 S. 341 abgedruckt.

---

64. 1. Verteilung der Kaufgelder bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken. Steht demjenigen, zu dessen Gunsten eine Vormerkung behufs Erhaltung des Rechtes auf Auflassung im Grundbuche eingetragen ist, ein Anspruch auf die Kaufgelder und deshalb das Recht zum Widerspruche gegen den Verteilungsplan zu?
Gesetz vom 13. Juli 1883 §. 40 Nr. 9.

2. Entsteht nach dem Allgemeinen Landrechte Miteigentum, wenn ein Gesellschafter durch Verwendung des gemeinschaftlichen Vermögens Sachen für sich und auf seinen Namen erwirbt?

3. Bildet die Kenntnis der obligatorischen Verpflichtung des eingetragenen Eigentümers, einem Anderen das Eigentum an dem Grundstücke zu übertragen (eines Rechtes zur Sache), ein Hindernis für den Erwerb von dinglichen Rechten an dem Grundstücke?

Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 §. 11.

V. Civilsenat. Urt. v. 4. Juni 1887 i. S. Traugott G. (Kl.) w. Sch. (Bekl.) Rep. V. 80/87.

I. Landgericht Görlitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Auf die Revision des Klägers ist das zweite Urteil aufgehoben und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Nach den Thatbeständen der beiden Vorderurteile liegt folgender Sachverhalt vor.

Der Kretscham Nr. 30 zu Petershain, welcher früher einem Sohne des Klägers — August G. — gehörte, ist im Wege der Zwangsversteigerung dem Grundstücksbesitzer Schr. zugeschlagen. Am 19. Oktober 1885 fand die Kaufgelderbelegung statt. Bei derselben liquidierte der Kläger den Betrag einer Kautionshypothek von 9000 ℳ, welche am 28. April 1884 Abt. III Nr. 13 des Grundbuchblattes für ihn „zur Sicherheit für alle Forderungen an Kapital, Zinsen, Protestkosten, Spesen und Kosten, welche aus dem dem Grundstücksbesitzer August G. bewilligten Kredite entstehen", eingetragen war. Zur Deckung dieses Anspruches würde, soweit er jetzt noch interessiert, ein Kaufgelderbetrag von 2400 ℳ vorhanden gewesen sein. Der Beklagte widersprach jedoch in dem Termine der Befriedigung des Klägers aus dem Kaufgelde. Seine Befugnis zu dem Widerspruche stützte er auf eine für ihn am 18. Februar 1885 eingetragene Vormerkung Abt. II Nr. 13 des Grundbuchblattes folgenden Wortlautes:

Dem Eigentümer August G. ist jede fernere Veräußerung, Belastung oder Verpfändung des Grundstückes, sowie die Veräußerung und jedes Fortschaffen von Grundstücksinventar untersagt, und dem Restaurateur

Hermann Sch. zu Görlitz sein Anspruch aus dem gemeinschaftlichen Eigentumserwerbe des Grundstückes vorbehalten.

Das Versteigerungsgericht erachtete den Widerspruch des Beklagten für zulässig. In materieller Beziehung machte Beklagter geltend, ihm und dem Subhastaten August G. stehe Miteigentum an den gedachten 2400 ℳ Kaufgeld zu, und Kläger dürfe sich nur an denjenigen Teil desselben wegen seiner Forderung aus der Kautionshypothek halten, welcher bei der Auseinandersetzung zwischen den Miteigentümern auf den August G. fallen würde.

Der Ersteher konnte die Kaufgelder nicht bezahlen. Es wurde deshalb der Betrag von 2400 ℳ als Streitmasse zwischen den jetzigen Parteien im Grundbuche eingetragen. Im vorliegenden Prozesse beantragt der Kläger, den Widerspruch des Beklagten für nicht gerechtfertigt zu erachten und ihm die Streitmasse zu überweisen. Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt, und widerklagend um Verurteilung des Klägers gemäß dem von ihm (Beklagten) beanspruchten Rechte gebeten.

Zur Begründung seiner Klage macht Kläger zunächst geltend, daß der Beklagte zu dem Widerspruche gegen die Kaufgelderverteilung überhaupt nicht berechtigt sei, weil er im Sinne des Gesetzes vom 13. Juli 1883, betreffend die Zwangsvollstreckung in Immobilien, nicht zu den Realinteressenten gehöre. Sodann hat der Kläger eine Reihe von Thatsachen angeführt, durch welche er seine Forderung an August G., für welche die Kautionshypothek bestellt ist, wenigstens auf Höhe des hier interessierenden Betrages beweisen will.

Der Beklagte behauptet, daß er zu den Realinteressenten gehöre, und wendet gegen die Klage ein:

1. Kläger habe vor Eintragung der Kautionshypothek Kenntnis von dem gemeinschaftlichen Ankaufe des Grundstückes durch ihn — Beklagten — und August G. auf Grund des Vertrages vom 8. März 1883 gehabt, und sei dadurch rechtlich behindert gewesen, dingliche Ansprüche zu seinen (des Beklagten) Ungunsten an dem Grundstücke zu erwerben.

2. Kläger könne den August G. nicht mehr belangen, weil er einen von letzterem erhaltenen Wechsel habe verjähren lassen. Stehe aber dem Kläger keine persönliche Forderung gegen August G. zu, so könne er auch nicht auf Grund der Kautionshypothek Ansprüche an das Kaufgeld erheben.

Beide Instanzrichter haben die Klage, soweit sie auf Überweisung der 2400 ℳ gerichtet ist, abgewiesen und dem Antrage in der Widerklage gemäß erkannt.

Der Berufungsrichter nimmt an, das Bestreiten der formellen Zulässigkeit des vom Beklagten erhobenen Widerspruches könne jetzt keine selbständige Bedeutung mehr beanspruchen; überdies gehöre Beklagter auch zu den Realinteressenten. In materieller Beziehung bilde die Vormerkung für den Kläger kein Hindernis zum Erwerbe eines Rechtes an dem Grundstücke, weil sie später als die Kautionshypothek eingetragen sei. Dennoch müsse Kläger dem Beklagten gegenüber zurücktreten, weil letzterer am 8. März 1883 mit August G. den Ankauf des fraglichen Grundstückes für gemeinschaftliche Rechnung schriftlich vereinbart habe. Ein solches, sich als Sozietätsvertrag darstellendes Abkommen schließe zwar nicht aus, daß Beklagter zwecks Vereinfachung künftiger, das Grundstück bezielender Geschäfte die Auflassung und Eintragung auf den Namen des August G. habe geschehen lassen, jedoch unbeschadet seines aus jener Vereinbarung entspringenden Rechtes, von August G. jederzeit die Miteigentumsüberlassung zu fordern (§. 233 A.L.R. I. 17). Dieses Recht — obwohl nur ein Recht zur Sache — wirke dem als Eigentümer eingetragenen Gesellschafter August G. gegenüber beschränkend, soweit es sich um Dispositionen über das Grundstück in seiner Totalität, sei es im Wege der Veräußerung oder der dinglichen Belastung, handelte.

Der Berufungsrichter führt dann aus, daß die bloße Kenntnis des Klägers von der gedachten Verfügungsbeschränkung nach §. 11 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 den Erwerb der Kautionshypothek hinderte, und stellt in betreff der Kenntnis fest, daß Kläger vor der Eintragung der Kautionshypothek zu Zeugen geäußert hat,

das qu. Grundstück sei von seinem Sohne — August G. — und dem Beklagten gemeinschaftlich gekauft, beide seien Kompagnons.

Die erste Revisionsbeschwerde des Klägers gegen das Berufungsurteil greift die Entscheidung an, daß der Beklagte für befugt erachtet ist, Widerspruch gegen die Verteilung der Kaufgelder zu erheben. Sie erscheint nicht begründet.

Die Bemerkung im Berufungsurteile, daß das Bestreiten der Zulässigkeit des Widerspruches keine selbständige Bedeutung mehr beanspruchen könne, ist allerdings unklar. Wenn damit gesagt sein soll,

daß der Kläger nach Anstellung des Prozesses das Recht des Beklagten, Widerspruch zu erheben, nicht mehr in Frage stellen dürfe, so würde dieser Entscheidungsgrund rechtsirrtümlich sein. Denn nach dem Gesetze vom 13. Juli 1883 sind in den Verteilungsplan nur die Realforderungen aufzunehmen (§. 106) und ein Widerspruch gegen den Plan steht nur den Interessenten zu (§. 21). Daraus folgt, daß persönliche Gläubiger des Subhastaten in dem Verteilungsverfahren Ansprüche auf das Kaufgeld nicht erheben dürfen. Daß durch Anstellung der Klage in dieser ihrer Rechtslage eine Änderung eintrete, ist nicht anzunehmen.

Vgl. die Motive zu dem Gesetze §§. 112. 113 S. 52 und Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 S. 221.

Dem Kläger kann hiernach nicht verwehrt werden, in dem vorliegenden Prozesse geltend zu machen, daß der Beklagte der Verteilung der Kaufgelder nicht widersprechen durfte, weil er nicht zu den Interessenten gehöre. Mit Recht entscheidet aber der Berufungsrichter weiter, daß der Beklagte nach dem Gesetze vom 13. Juli 1883 als Realinteressent anzusehen ist. In Ermangelung entgegenstehender Parteibehauptungen muß davon ausgegangen werden, daß weder in den Kaufbedingungen, noch in dem Zuschlagsurteile eine Bestimmung über den Fortbestand oder die Übernahme der Vormerkung getroffen ist. Nach früherem Rechte, insbesondere nach der Subhastationsordnung vom 15. März 1869, hatte das zur Folge, daß die Vormerkung für den Ersteher bindend blieb, und dieser sich, wenn das bedingte Recht zu einem definitiven geworden war, die Ausübung desselben gefallen lassen mußte.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 7 S. 177.

Im §. 22 Abs. 2 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 ist jedoch bestimmt, daß das Grundstück durch den Verkauf von allen dinglichen Rechten, welche zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung im Grundbuche bedürfen, frei wird, soweit dieselben nicht der Ersteher übernommen hat. Alle nicht übernommenen und nach gesetzlicher Vorschrift auf den Ersteher nicht übergehenden Realrechte sind nach Ausführung des Teilungsplanes zu löschen (§. 124 Nr. 2 des Gesetzes). Zu den Rechten, welche nur durch Eintragung Rechtswirkung gegen Dritte erlangen, gehört auch die Vormerkung behufs Erhaltung des Anspruches auf Auflassung (§. 8 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872). Um derartige, durch eine Vormerkung geschützte Eigentumsprätendenten in ihren Rechten

zu schützen, bestimmt §. 40 Nr. 9 des Gesetzes vom 13. Juli 1883, daß die Bekanntmachung des Versteigerungstermines die Aufforderung an sie enthalten muß, vor Schluß des Termines die Einstellung des Verfahrens herbeizuführen, „widrigenfalls nach erfolgtem Zuschlage das Kaufgeld in bezug auf den Anspruch an die Stelle des Grundstückes tritt". Danach ist das frühere Recht geändert, und es steht dem durch Vormerkung geschützten Eigentumsprätendenten ein Anspruch auf das Kaufgeld und folgerichtig auch ein Widerspruch gegen die Verteilung desselben zu. Die Frage, nach welchen Grundsätzen die Verteilung zwischen den Eigentumsprätendenten und den Realgläubigern zu geschehen hat, bedarf hier, wo es sich nur um die Zulässigkeit des Widerspruches überhaupt handelt, keiner Erörterung.

Vgl. Turnau, Grundbuchordnung 3. Aufl. Bd. 1 S. 259 flg.; Krech und Fischer, Kommentar zur Grundbuchordnung vom 13. Juli 1883 S. 323; Jäckel, Desgl. 2. Aufl. S. 189.

Die zweite Beschwerde betrifft die Entscheidung des Berufungsrichters, daß der Kläger dem Beklagten gegenüber kein Recht durch die Eintragung der Kautionshypothek habe erwerben können. Sie erscheint begründet.

Daß die Vormerkung kein Hindernis für den Kläger bildete, weil sie später als die Kautionshypothek eingetragen ist, erkennt der Berufungsrichter an. Er stützt seine Entscheidung allein auf die Kenntnis des Klägers von einer Beschränkung des Rechtes des eingetragenen Eigentümers August G. Es kann zunächst zweifelhaft erscheinen, welche Thatsachen der Berufungsrichter als dem Kläger bekannt angenommen hat. Die von ihm erwähnten Äußerungen des Klägers an zwei Zeugen ergeben nur, daß der Kläger von einem gemeinschaftlichen Ankaufe des Grundstückes Nachricht erhalten hatte. Daß ihm auch der Inhalt des zwischen seinem Sohne und dem Beklagten abgeschlossenen Sozietätsvertrages vom 8. März 1883 bekannt war, ist nicht festgestellt. Wenn der Berufungsrichter auf diese Grundlage hin die Entscheidung trifft, daß der Ankauf eines Grundstückes für gemeinschaftliche Rechnung jedem Teilnehmer unbedingt das Recht gewährt, die Übertragung des Miteigentumes zu fordern, so übersieht er, daß für diesen Anspruch zunächst der Inhalt des Sozietätsvertrages maßgebend ist. Von den darin getroffenen Bestimmungen hängt es ab, ob die von einem Sozius auf

seinen Namen erworbene Sache Eigentum des Erwerbers werden, oder in die Sozietät fallen sollte. Eine Prüfung in dieser Beziehung hat der Berufungsrichter nicht vorgenommen. Wenn man aber auch annehmen wollte, daß der Beklagte auf Grund des Sozietätsvertrages berechtigt war, von dem August G. die Einräumung des Miteigentumes an dem Grundstücke zu verlangen, so würde dies doch immer nur ein obligatorischer Anspruch sein. Der §. 55 A.L.R. I. 17 stellt als Regel auf, daß kein gemeinschaftliches Eigentum entsteht, wenn ein Teilnehmer durch Verwendung des gemeinschaftlichen Vermögens Gegenstände für sich selbst und auf seinen eigenen Namen erwirbt. Diese in dem gedruckten Entwurfe des Allgemeinen Landrechtes schon befindliche Vorschrift war von mehreren Monenten aus dem Grunde beanstandet, weil der Erwerb aus dem gemeinschaftlichen Vermögen, wenn die Verwendung ohne Genehmigung der übrigen Teilnehmer erfolgt sei, wiederum gemeinschaftlich werden müsse. Dem trat Suarez entgegen und wies namentlich darauf hin, daß die Annahme des entgegenstehenden Grundsatzes eine große Unsicherheit des Eigentumes herbeiführen würde (Gesetzesrevis. Motive dritter Entwurf des 17. Titels S. 5). Die Ansicht von Suarez ist durchgedrungen, und das Allgemeine Landrecht giebt dem Miteigentümer nur ein Forderungsrecht auf Abtretung des Miteigentumes (§§. 56. 233 das.). Wenn der §. 200 daselbst bestimmt, daß in Ermangelung einer Zuschreibung für die Sozietät bestimmte Grundstücke nur in Ansehung der Gesellschafter unter sich, nicht aber in Ansehung eines Dritten gemeinschaftlich werden, so bezieht sich diese Vorschrift nur auf den wirtschaftlichen Erfolg.

In Übereinstimmung hiermit nimmt auch der Berufungsrichter an, daß die Befugnis des Beklagten auf Einräumung des Miteigentumes an dem Kretscham nur als „Recht zur Sache" wirke. Für rechtsirrtümlich muß es aber erachtet werden, wenn der Berufungsrichter entscheidet, daß die Kenntnis dieses Rechtes zur Sache den Kläger hinderte, die Kautionshypothek zu Ungunsten des Beklagten zu erwerben. Der im Berufungsurteile für diese Ansicht angezogene §. 11 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 rechtfertigt dieselbe nicht. Er bestimmt:

„Beschränkungen des Eigentumsrechtes an dem Grundstücke erlangen Rechtswirkung gegen Dritte nur, wenn dieselben die Beschränkungen gekannt haben, oder letztere im Grundbuche eingetragen sind."

Das Reichsgericht hat bereits früher,
vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 7 S. 249,
ausgesprochen, daß dieses Gesetz, nicht aber der auf einem Redaktionsversehen beruhende §. 73 der Grundbuchordnung die maßgebende Bestimmung enthält. Es bezieht sich nur auf Beschränkungen des Eigentumsrechtes für jeden Eigentümer. Dazu gehören namentlich Beschränkungen, welche aus der rechtlichen Natur des Eigentumes (Lehn, Fideikommiß 2c) für die Verfügungsbefugnis jedes Eigentümers folgen. Das Reichsgericht hat auch erkannt, daß testamentarische Veräußerungsverbote unter die Vorschrift des §. 11 a. a. O. fallen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 14 S. 288, Bd. 7 S. 249. Noch weiter zu gehen und die obligatorische Pflicht des Eigentümers, einem Anderen das Eigentum oder Miteigentum einzuräumen, ebenfalls für eine Beschränkung des Eigentumsrechtes zu erklären, kann nicht für richtig erachtet werden. Das Eigentumserwerbsgesetz hat im §. 4 bestimmt, daß die Kenntnis des Erwerbers eines Grundstückes von einem älteren Rechtsgeschäfte, welches für einen Anderen ein Recht auf Auflassung dieses Grundstückes begründet, dem Eigentumserwerbe nicht entgegensteht. Wenn aber hiernach die Kenntnis von einem Rechte zur Sache den Eigentumserwerb nicht hindert, so läßt sich nicht annehmen, daß das Gesetz für den Erwerb von dinglichen Rechten an dem Grundstücke andere Grundsätze hat sanktionieren wollen, und das umsoweniger, als der §. 15 für den Erwerb eines eingetragenen dinglichen Rechtes kein Hindernis darin findet, daß der Erwerber das ältere Recht eines Anderen auf Eintragung eines widerstreitenden dinglichen Rechtes gekannt hat. Man darf zwar nicht so weit gehen, alle Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes über den Einfluß des guten Glaubens auf den Erwerb von Eigentum oder dinglichen Rechten durch die neuere Grundbuchgesetzgebung für aufgehoben zu erklären, aber das Reichsgericht hat in Übereinstimmung mit einer früheren Entscheidung und mit den Ausführungen hervorragender Rechtslehrer angenommen, daß die Kenntnis von der obligatorischen Verpflichtung des Eigentümers, einem Anderen das Eigentum oder Miteigentum an einem Grundstücke zu gewähren, kein Hindernis für den Erwerb von dinglichen Rechten an dem Grundstücke bildet.

Vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 26 S. 735 (V. Civilsenat); Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 73 S. 178, Bd. 80 S. 152; Dernburg

und Hinrichs, Preuß. Hypothekenrecht Bd. 1 S. 393 flg.; Achilles, Kommentar zum Eigentumserwerbsgesetze 3. Aufl. S. 129; Turnau, Grundbuchordnung Bd. 1 S. 650; Förster-Eccius, Theorie ꝛc 5. Aufl. Bd. 1 S. 133 und 4. Aufl. Bd. 3 §. 169 S. 163 und §. 156 S. 7.

Die Frage, ob der §. 11 a. a. O. Anwendung finden würde, wenn der Erwerber von dinglichen Rechten weiß, daß einem Anderen, als dem im Grundbuche eingetragenen Eigentümer kraft Gütergemeinschaft, Auseinandersetzungsrezesses oder sonstiger von §. 1 des Eigentumserwerbsgesetzes nicht berührter Erwerbsakte das Miteigentum an dem Grundstücke zusteht, bedarf, da dieser Fall nach dem oben Gesagten nicht vorliegt, keiner Erörterung. Das Berufungsurteil unterliegt hiernach wegen rechtsirrtümlicher Anwendung des §. 11 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 der Aufhebung."

---

65. 1. Unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form können Taubstumme testieren?

2. Bedürfen solche Personen, welche taubstumm geboren oder es vor zurückgelegtem vierzehnten Lebensjahre geworden sind, bei Errichtung eines Testamentes zu gerichtlichem Protokolle eines Beistandes?

A.L.R. I. 12 §§. 26. 123, II. 18 §§. 17. 18.

IV. Civilsenat. Urt. v. 9. Juni 1887 i. S. Sch. (Bekl.) w. N. (Kl.) Rep. IV. 113/87.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagte hat wegen einer Geldforderung an ihren ersten — von ihr geschiedenen — Ehemann E. N. dessen gesetzlichen Erbteil an dem Nachlasse seines Bruders, des Fabrikbesitzers W. N., bei dem Kläger — gleichfalls einem Bruder des Erblassers, welcher sich im Besitze des gesamten Nachlasses befand — pfänden lassen. Der Kläger hat unter Bezugnahme auf ein von dem Erblasser zu gerichtlichem Protokolle erklärtes Testament behauptet, daß er von letzterem zum alleinigen

Erben berufen, und daß deshalb die Pfändung gegenstandslos sei. Da er sich indes durch dieselbe in der freien Verfügung über die Nachlaßmasse behindert fühlte, so hat er auf Aufhebung der im Wege des Arrestes erfolgten Pfändung geklagt. Die Beklagte entgegnete, daß das Testament des Erblassers, welcher infolge einer im vierten Lebensjahre erlittenen Verletzung taubstumm geworden und bis zu seinem Tode geblieben sei, wegen Nichtbeobachtung gesetzlicher Formvorschriften nichtig, und daß demgemäß ihr erster Ehemann zur gesetzlichen Erbfolge mit berufen sei. Sie gründete hierauf nicht nur den Antrag auf Klagabweisung, sondern auch eine — hier nicht in Betracht kommende — Widerklage. Das Berufungsgericht hat sie jedoch, unter Abweisung der Widerklage, nach dem Klagantrage verurteilt und die hiergegen eingelegte Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Entscheidung des Berufungsrichters beruht auf der Annahme, daß das gerichtlich aufgenommene Testament des Kaufmannes W. J. N. vom 30. Oktober 1880, durch welches der Kläger zu dessen alleinigem Erben berufen und das, von der Beklagten als Befriedigungsobjekt in Anspruch genommene, gesetzliche Teilnahmerecht ihres geschiedenen Ehemannes an dem Nachlasse des Testators ausgeschlossen ist, zu Recht bestehe und nicht an den von der Beklagten einwandweise sowie zur Begründung der Widerklage geltend gemachten Formmängeln leide.

Die gegen diese Annahme gerichteten Angriffe der Revision erscheinen nicht begründet.

Der Berufungsrichter geht von der Annahme aus, daß Taubstumme, auch wenn sie so geboren oder vor dem vierzehnten Lebensjahre in diesen Zustand geraten sind, deshalb nicht testierunfähig sind, sofern sie nur Geschriebenes lesen und sich schriftlich ausdrücken können. Diese — von der Revision auch nicht angefochtene — Annahme entspricht den Gesetzen. Der §. 26 A.L.R. I. 12 bestimmt:

> „Tauben oder stummen Personen, welche sich schriftlich oder mündlich ausdrücken können, stehen die Gesetze bei Errichtung ihres letzten Willens nicht entgegen."

Hier ist zwar der Taubstummen nicht ausdrücklich Erwähnung gethan; daß dieselben indes nicht ausgeschlossen sein sollten, erhellt aus der Vorschrift des §. 123 daselbst:

„Tauben, ingleichen Stummen, die an sich testieren können (§. 26), müssen die an sie zu richtenden Fragen schriftlich vorgelegt, und wenn der Testator stumm ist, auch schriftlich von demselben beantwortet werden",

welche Vorschrift nach ihrem Wortlaute auch auf Taubstumme, die lesen und schreiben können, direkt anwendbar ist.

In ähnlicher Weise disponiert §. 24 A.L.R. I. 5:

„Blinde, Taube und Stumme können insoweit Verträge schließen, als sie ihren Willen deutlich und mit Zuverlässigkeit zu äußern vermögen",

und der §. 171 daselbst,

wonach Blinde und Taubstumme ihre schriftlichen Verträge gerichtlich aufnehmen lassen müssen,

ergiebt, daß auch Taubstumme unter der Voraussetzung des §. 24 a. a. O. vertragsfähig sind.

Aus den mitgeteilten Gesetzesvorschriften erhellt zugleich, daß die etwaige Testierunfähigkeit der genannten Personen nach der Auffassung des Allgemeinen Landrechtes nicht auf der Unterstellung eines geistigen Defektes beruht, sondern in einem körperlichen Mangel derselben, welcher sie zu verständlichen Willensäußerungen unfähig macht, ihren Grund hat. Nun verordnet zwar §. 15 A.L.R. II. 18:

„Taub- und Stummgeborene, ingleichen diejenigen, welche vor zurückgelegtem vierzehnten Jahre in diesen Zustand geraten sind, müssen, sobald sie nicht mehr unter väterlicher Gewalt stehen, vom Staate bevormundet werden",

wogegen nach §. 16 daselbst „diejenigen, welche erst in späteren Jahren taubstumm geworden, nur dann unter Vormundschaft genommen werden sollen, wenn sie sich durch allgemein verständliche Zeichen nicht ausdrücken können und daher ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen ganz unfähig sind".

Man könnte geneigt sein, die Regel des §. 15 a. a. O. mit der Revisionsklägerin auf die Annahme des Gesetzgebers zurückzuführen, daß die dort bezeichneten Taubstummen stets und ohne Rücksicht auf konkrete Ausdrucksfähigkeit wegen geistigen Defektes der Bevormundung bedürftig seien. Ob es nicht aber richtiger wäre, den Grund der Vorschrift in der thatsächlichen Voraussetzung des Gesetzgebers zu finden, daß die taubstumm Geborenen oder in der Jugend Gewordenen stets der

Fähigkeit, sich durch allgemein verständliche Zeichen auszudrücken, ermangelten und deshalb zur Besorgung ihrer Angelegenheiten außer stande seien — wofür der Gegensatz des §. 16 a. a. O., welcher hierin das entscheidende Kriterium für die Notwendigkeit der Bevormundung setzt, sowie die unten erwähnte Kabinetsorder vom 23. Februar 1805,

vgl. Rabe, Sammlung Bd. 8 S. 254,

zu sprechen scheinen — kann auf sich beruhen. Denn gegenwärtig hat jene landrechtliche Unterscheidung ihre Bedeutung verloren, nachdem die §§. 15. 16 a. a. O. durch §. 102 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 aufgehoben und durch die Vorschrift des §. 81 Ziff. 3 derselben ersetzt sind, wonach Großjährige einen Vormund erhalten, wenn sie taub, stumm oder blind und hierdurch an Besorgung ihrer Rechtsangelegenheiten gehindert sind, was in jedem Einzelfalle durch Sachuntersuchung des Vormundschaftsgerichtes festzustellen ist.

Vgl. Dernburg, Vormundschaftsrecht 3. Aufl. S. 391.

Welchen Einfluß eine demgemäß erfolgte Einleitung der Vormundschaft auf die Handlungsfähigkeit im allgemeinen und insbesondere die Testierfähigkeit des Erblassers geäußert haben würde, kann vorliegend dahingestellt bleiben, da eine Vormundschaft über den Testator nicht geschwebt hat, auch seitens der Beklagten nicht einmal behauptet ist, daß zur Einleitung einer solchen irgend eine Veranlassung obgewaltet habe.

Auch die Praxis des preußischen Rechtes steht in betreff der erörterten Frage auf dem Standpunkte des Berufungsrichters.

Vgl. Entsch. des preußischen Obertrib. Bd. 32 S. 64 flg.; Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens S. 27. 28; Bornemann, Systematische Darstellung (2. Aufl.) Bd. 6 S. 16. 17; Koch, Erbrecht S. 175; Gruchot, Erbrecht Bd. 1 S. 349; Förster-Eccius, Theorie Bd. 4 S. 311; Dernburg, Preußisches Privatrecht (3. Aufl.) Bd. 3 S. 313.

Daß der Testator schreiben und Geschriebenes lesen konnte, ist außer Streit. Derselbe würde demzufolge gültig in der Weise haben testieren können, daß er die ihm vom Gerichte schriftlich vorgelegten Fragen bezüglich seines letzten Willens schriftlich beantwortete (§. 123 A.L.R. I. 12; Thümmel, a. a. O. S. 73 Anm. 1). So ist jedoch nach der Feststellung des Berufungsrichters nicht verfahren. Vielmehr hat der Testator die ihm schriftlich vorgelegten Fragen mündlich beantwortet und die so erteilten Antworten sind vom Gerichte protokolliert,

demnächst auch von dem Testator nach eigener Durchlesung des Protokolles laut seines schriftlichen Vermerkes am Schlusse der Verhandlung wiederholt genehmigt. Der Berufungsrichter entnimmt aus diesem Vorgange unter Berücksichtigung der von der Beklagten selbst über den Zustand des Testators beigebrachten Atteste, daß letzterer zur Zeit der Testamentserrichtung nur taub, nicht auch stumm gewesen sei, da er sich durch Sprechen lautrichtig und vollkommen habe verständlich machen können, wenn auch nur in den den Taubstummen eigenen Gutturaltönen.

Schon in der vorigen Instanz ist es seitens der Beklagten als ein wesentlicher Mangel des Testamentes bezeichnet — und diese Rüge ist von der Revision aufrecht erhalten —, daß aus dem gerichtlichen Protokolle nicht mit Sicherheit erkennbar sei, ob der Testator die ihm schriftlich vorgelegten Fragen mündlich oder — wie nach der Fassung des Protokolles zu vermuten sei — schriftlich beantwortet habe. Diese Rüge ist jedoch schon deshalb hinfällig, weil, wenn die letztere Alternative zuträfe und der Testator, wie der Beklagte behauptet, wirklich taubstumm gewesen wäre, die durch §. 123 A.L.R. I. 12 gebotenen Förmlichkeiten zweifellos beobachtet sein würden. Denn dafür, daß sich der Testator etwa nur durch Zeichen- oder Gebärdensprache verständlich gemacht habe, bietet das Protokoll nicht den mindesten Anhalt, und die Beklagte selbst hat dies nicht behauptet. Die gedachte Rüge ist aber auch thatsächlich grundlos. Mit vollem Rechte durfte der Berufungsrichter aus den Eingangsworten der Testamentsverhandlung:

„Herr Wilhelm Julius N. will sein Testament zu gerichtlichem Protokolle erklären; da derselbe jedoch schwerhörig und fast ganz taub ist, wohl aber Geschriebenes lesen kann, so wurden die Fragen, welche an ihn gerichtet wurden, wörtlich in das Protokoll geschrieben, dem Herrn Komparenten zum Lesen vorgelegt und von ihm beantwortet wie folgt:"

in Verbindung mit dem Umstande, daß weitere Defekte des Testators bezw. Abweichungen von dem regelmäßigen Verfahren in dem Protokolle nicht angedeutet sind, den Schluß ziehen, daß — wie dies der Regel entspricht — die Antworten des Testators in völlig verständlicher Weise mündlich erteilt und auf Diktat des Richters vom Protokollführer niedergeschrieben seien. Einer ausdrücklichen Hervorhebung dieses, beim Mangel eines entgegenstehenden Vermerkes, selbstverständlichen Umstandes

bedurfte es zur Vollendung der Testamentsform im Sinne des §. 139 A.L.R. I. 12 nicht, und die Annahme des Berufungsrichters beruht keineswegs, wie die Revision meint, auf bloßer Vermutung, sondern auf dem konkreten Inhalte des Testamentsprotokolles.

Daß aber der Erblasser, wiewohl er bereits im vierten Lebensjahre infolge einer äußeren Verletzung das Gehör und demnächst auch die Sprache verloren hatte, nachdem er durch den in einer Taubstummenanstalt genossenen Unterricht die Fähigkeit, sich lautrichtig und gemeinverständlich auszudrücken, erlangt hatte, auch mündlich testieren durfte, kann einem gegründeten Bedenken nicht unterliegen. Denn soweit die Testierunfähigkeit auf dem Mangel der letztgedachten körperlichen Fähigkeit beruht, muß sie mit der durch den Unterricht bewirkten Beseitigung dieses Mangels notwendig aufhören. Dies wird aus dem nämlichen Grunde von namhaften Schriftstellern des gemeinen Rechtes selbst für taubstumm Geborene angenommen, obschon diese noch nach neuestem römischen Rechte — wohl wegen vorausgesetzter geistiger Imbezillität und Bildungsunfähigkeit — für schlechthin testierunfähig erklärt sind.

Vgl. W. Sell in seinen und K. Sell's Jahrbüchern Bd. 2 S. 443 flg.; Vangerow, Pandekten Bd. 2 S. 72. 73; Keller, Pandekten (herausgegeben von Friedberg) S. 918; Windscheid, Pandekten 5. Aufl. Bd. 3 S. 30 Note 7.

Dasselbe stellt Dernburg (a. a. O. S. 313 Note 18) als zweifellos hin für das preußische Recht, welches auch in der That dieser an sich rationellen und den Fortschritten der Unterrichtsmethode Rechnung tragenden Annahme keinerlei Hindernis bietet, wie die obige Darlegung seiner Vorschriften zeigt. Dabei erscheint es rechtlich irrelevant, ob — worauf die Revision Gewicht legt — die medizinische Wissenschaft den Taubstummen, welcher durch Unterricht gemeinverständlich sprechen gelernt hat, gleichwohl als einen mit dem körperlichen Gebrechen der Taubstummheit Behafteten ansieht.

Im vorliegenden Falle tritt übrigens noch hinzu, daß der Testator, dessen völlige geistige Gesundheit von der Beklagten nicht in Frage gestellt ist, die mündlich erteilten und protokollierten Antworten selbst gelesen und schriftlich genehmigt hat, sodaß kein Zweifel an dem richtigen Verständnisse seiner mündlichen Antworten vonseiten der Gerichtsdeputierten obwaltet.

Die Revision rügt endlich Verletzung des §. 18 A.L.R. II. 18, weil der Berufungsrichter mit Unrecht die Zuziehung eines Beistandes des Testators zu der Testamentsverhandlung nicht für erforderlich erachtet habe. Nach §. 17 daselbst soll denjenigen, nach vollendetem vierzehnten Lebensjahre in diesen Zustand geratenen Taubstummen, denen der Mangel der Sprache und des Gehöres den Ausdruck ihrer Gedanken und die Besorgung ihrer Angelegenheiten nur erschwert, wider ihren Willen kein Vormund bestellt werden; doch sind sie (nach §. 18 daselbst) „bei gerichtlichen Verhandlungen" einen Beistand zuzuziehen verbunden. Und hinsichtlich der taubstumm Geborenen bestimmte die Kabinetsorder vom 23. Februar 1805, daß dieselben, wenn vom Vormundschaftskollegium unter Zuziehung der Vormünder dafür gehalten werde, daß sie nach erlangter Großjährigkeit ihre Verstandeskräfte vollkommen zu gebrauchen und sich durch allgemeinverständliche Zeichen auszudrücken imstande seien, der Vormundschaft mit der Einschränkung zu entlassen seien, daß ihnen bei gerichtlichen Verhandlungen ein Beistand beizuordnen. Der Berufungsrichter hält die Zuziehung eines Beistandes im vorliegenden Falle schon deshalb nicht für erforderlich, weil dem Testator durch den Mangel der Sprache und des Gehöres der Ausdruck seiner Gedanken nicht erschwert gewesen sei, und diese Annahme gründet sich ohne Zweifel auf die Feststellung der Fähigkeit des Testators zu schriftlichem und lautrichtigem, gemeinverständlichem mündlichen Ausdruck, weshalb derselbe auch nicht mehr als stumm anzusehen gewesen sei. In dieser Erwägung ist eine Rechtsnormverletzung nicht zu finden. Denn für die Notwendigkeit der Beistandschaft wird — auch nach der angeführten Kabinetsorder — offenbar vorausgesetzt, daß der Taubstumme nicht gelernt habe, sich durch gesprochene Worte (sondern nur durch Zeichen) allgemein verständlich zu machen, da nach obigem die Fürsorge für solche Personen nicht auf der Unterstellung eines geistigen Defektes beruht.

Aber auch abgesehen hiervon konnte der Angriff der Revision nicht von Erfolg sein, da die Vorschrift des §. 18 a. a. O. auf Testamentsverhandlungen überhaupt nicht anwendbar ist. Wenn man dieselbe, wofür sich die herrschende Meinung erklärt hat,

vgl. Turnau, Grundbuchordnung 3. Aufl. Bd. 2 S. 352 flg. und die dort Angeführten,

nicht durch §. 102 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 für

aufgehoben erachtet, so beruht dies auf der Annahme, daß es sich dabei nicht um eine Maßregel vormundschaftlicher Fürsorge zum Zwecke der Ergänzung unvollständiger Handlungsfähigkeit, sondern, wie in anderen Fällen der notwendigen Zuziehung eines Beistandes,

vgl. Entsch. des preußischen Obertrib. Bd. 62 S. 145 bezüglich des §. 88 A.L.R. II. 1,

um eine besondere Geschäftsform handelt, durch welche die Garantie für die Zuverlässigkeit und das genügende Überlegtsein der abgegebenen Willenserklärung erhöht werden soll. Nun ist aber die Form der Testamentserrichtung für alle Fälle in Tit. 12 Tl. I des Allgemeinen Landrechtes erschöpfend geregelt (vgl. §. 1 A.G.O. II. 4), und dort die Notwendigkeit eines Beistandes für Taubstumme nicht vorgeschrieben. Mithin bedarf es der Zuziehung eines solchen bei gerichtlichen Testamentsverhandlungen der Taubstummen ebensowenig, wie bei denjenigen der Blinden, ungeachtet der Vorschriften des §. 51 Ziff. 3 A.L.R. II. 18 und des §. 8 A.G.O. II. 3.

Vgl. Entsch. des preußischen Obertrib. Bd. 27 S. 337; Thümmel, a. a. O. S. 26 Anm. 1, S. 61 Anm. 1; Förster-Eccius, Bd. 4 S. 397 Note 59.

Unverkennbar ist ja auch die Gefahr von Täuschungen und Übervorteilung derartig gebrechlicher Personen, die bei Geschäften unter Lebenden die Zuziehung eines Beistandes zu ihrer Unterstützung erforderlich erscheinen läßt, bei den einseitigen und frei widerruflichen letztwilligen Verfügungen nicht vorhanden, und der §. 52 A.L.R. II. 18 verweist überdies hinsichtlich der Notwendigkeit der Zuziehung eines Beistandes ausdrücklich auf die bezüglich der einzelnen Geschäfte getroffenen Bestimmungen. Für die hier vertretene Auffassung fällt endlich ins Gewicht, daß schreibenskundigen Taubstummen die Errichtung eines schriftlichen, dem Gerichte verschlossen übergebenen Testamentes freisteht, bei dessen Abfassung ein Beistand keinesfalls erforderlich sein würde. Es wäre nicht erfindlich, weshalb es gleichwohl bei Testamentserrichtungen zu gerichtlichem Protokolle, bei denen die Garantie für die Zuverlässigkeit und Freiheit der Willensentschließung sicherlich nicht geringer ist, eines Beistandes bedürfen sollte."

66. Bedeutung und Wirkung der für Rechnung eines Dritten schlechthin geleisteten Zahlung.

I. Civilsenat. Urt. v. 5. Mai 1886 i. S. Genossenschaftliche Grundkreditbank für die Provinz Preußen (Kl.) w. Firma K. & W. (Bekl.) Rep. I. 76/86.

I. Landgericht Königsberg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 14. oder 15. März 1884 erhielt die Klägerin zwei Tratten je 6000 ℳ eingesandt, fällig am 12. und 15. Juni 1884, welche vom Remittenten an die Order des Vorschußvereines in B. und von diesem an die Order der Klägerin giriert waren. In dem die Unterschrift des Vorschußvereines tragenden Begleitschreiben vom 14. März 1884 wurde die Klägerin beauftragt, die Wechsel zu diskontieren, vom Erlöse 6000 ℳ zur Einlösung eines am 15. März fällig werdenden ebenfalls vom Vorschußvereine bei ihr diskontierten Wechsel zu verwenden und 4500 ℳ an die Beklagte zu zahlen. Die Klägerin verfuhr diesem Auftrage gemäß, erhielt von der Beklagten eine Quittung über „für Rechnung des Vorschußvereines B. empfangene" 4500 ℳ und schickte diese mit dem aus der Diskontorechnung sich ergebenden Restbetrage am 15. März an den Vorschußverein ein.

Zu gleicher Zeit hatte die Beklagte, welche mit dem Vorschußvereine in B. nie in Verbindung gestanden hatte, von F. in B., mit welchem sie in Geschäftsverbindung stand, einen Brief d. d. B. 14. März folgenden Inhaltes erhalten:

„Auf Veranlassung des hiesigen Vorschußvereines werden Ihnen morgen durch die dortige Genossenschaftliche Grundkreditbank 4500 ℳ bar zugehen, welche Sie gefälligst zur Deckung des am 15. d. Mts. fälligen Wechsels gleicher Höhe auf F. Kr. benutzen wollen. Den eingelösten Wechsel bitte ich mir zu remittieren."

Der in diesem Briefe erwähnte Wechsel war von F. auf Kr. gezogen und durch Indossament an die Reichsbank gelangt, welcher die Beklagte denselben am 15. März auszahlte. Der Vorschußverein kommt auf dem Wechsel nicht vor.

Im Juni 1884 stellte sich nun heraus, daß der die Unterschrift des Vorschußvereines tragende an die Klägerin gerichtete Brief d. d. B. 14. März von F. gefälscht war, ebenso wie die mitübersandten

Wechsel, sowie daß der Vorschußverein dem F. keinen Auftrag gegeben hatte, betreffs der Einlösung des auf Kr. gezogenen Wechsels der Beklagten eine Anweisung zu erteilen. Nach der Aussage eines Zeugen hatte F., welcher Mitglied des Vorstandes des Vorschußvereines war, schon jahrelang die Unterschriften unter der Korrespondenz des Vorschußvereines gefälscht. Dadurch und durch Unterschlagung von an den Vorschußverein gerichteten Briefen war es möglich geworden, daß die betreffenden Operationen den anderen Mitgliedern des Vorstandes verborgen blieben.

Als die Fälschung entdeckt worden war, wurde F. flüchtig, über sein Vermögen wurde Konkurs eröffnet. Der erste Richter stellt auf Grund von Zeugenaussagen fest, daß die Grundkreditbank erst am 10. Juni Kenntnis von dem Betruge erhielt, „also zu einer Zeit, als der Schade von F. nicht mehr beizutreiben war".

Am 16. Juni 1884 schrieb die Grundkreditbank an die Beklagte, „da der Vorschußverein nach eingeholten Erkundigungen bis heute nicht über die für dessen Rechnung eingezahlten 4500 ℳ disponiert habe, so bäten sie um Rückzahlung", und erhob, da diesem Verlangen nicht entsprochen wurde, Klage auf 4500 ℳ mit Zinsen vom 16. Juni 1884 an.

In erster Instanz wurde die Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt. Auf Berufung der Beklagten wurde die Klage abgewiesen. Das Berufungsurteil wurde auf Revision der Klägerin aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Zahlung „für Rechnung" eines Dritten kann in verschiedener Weise vorkommen. Es kann damit eine Forderung des Zahlungsempfängers an den Dritten getilgt, eine Darlehnsforderung des Dritten gegen den Zahlungsempfänger begründet, eine Kaution für den Dritten bestellt werden ꝛc, und je nach diesem Zwecke tritt eine besondere rechtliche Wirkung ein. Es kann aber auch vorkommen, daß der besondere Zweck nicht erklärt wird, sondern daß nur schlechthin ausgesprochen wird, es werde für Rechnung des Dritten gezahlt. In diesem Falle ist der erklärte Zweck der, daß die Zahlung dem Dritten gutgeschrieben, beziehungsweise, daß mit derselben so verfahren werde, wie mit einem dem Dritten gutgeschriebenen Posten. Für das Verhältnis zwischen dem Zahlenden und dem Zahlungsempfänger

kommt dieser erklärte Zweck allein in Betracht. Was den Zahlenden zur Zahlung bestimmt hat, ob derselbe sie im Auftrage des Dritten vorgenommen, ob er dadurch diesem gegenüber eine eigene Schuld getilgt oder eine eigene Forderung begründet hat, ob er ihm eine Schenkung gemacht hat ꝛc — alles dies ist für seine rechtliche Beziehung zum Zahlungsempfänger an sich gleichgültig. Allerdings kann, soweit der Zahlende dem Zahlungsempfänger über die Veranlassung zur Zahlung eine Mitteilung gemacht hat, in dieser Mitteilung eine Spezialisierung der allgemeinen Erklärung, daß für Rechnung des Dritten gezahlt werde, liegen. Ist aber dies nicht erkennbar, oder ist überhaupt keine Mitteilung erfolgt, so bleibt eben lediglich die allgemeine Erklärung in dem angegebenen Sinne maßgebend. Ist der Zahlungsempfänger gemäß dieser Erklärung verfahren, hat er das Gezahlte für den Dritten verwendet oder hat er dem Dritten auch nur die Erklärung (ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen) abgegeben, daß er das Geld für seine Rechnung empfangen und ihm gutgeschrieben habe, so ist damit der Zweck, zu welchem er die Zahlung erhalten hat, erfüllt, die causa der Zahlung ist begründet, und damit ist die condictio des Zahlenden ausgeschlossen. Ist diese causa nicht begründet, so ist die condictio gegeben.

Im einzelnen Falle kann es möglicherweise zweifelhaft sein, ob der Zahlungsempfänger den Zweck, zu welchem er die Zahlung erhalten hat, erfüllt hat, bezw. von welchem Augenblicke an der Zweck als erfüllt anzusehen ist, ob daher das beabsichtigte Rechtsverhältnis des Zahlungsempfängers zu dem Dritten schon begründet ist oder nicht, ob also der Zahlende die condictio verloren hat oder nicht. Im vorliegenden Falle ist aber jeder Zweifel hierüber ausgeschlossen.

Allerdings hat die Klägerin der Beklagten die Zahlung geleistet auf Grund des ihr vom Vorschußvereine vermeintlich erteilten Auftrages und in der Absicht, damit eine dem Vorschußvereine gegen sie, die Klägerin, aus der Diskontierung der vermeintlich vom Vorschußvereine ihr eingeschickten Wechsel entstandene Forderung des Vorschußvereines an sie zu tilgen. Es wird ferner von der Beklagten behauptet, sie habe die Zahlung angenommen auf Grund eines durch F. ihr übermittelten Auftrages des Vorschußvereines, also in der Absicht, das Geld zur Zahlung eines Wechsels für Rechnung des Vorschußvereines zu verwenden, und sie habe dieser Absicht gemäß die

erhaltenen 4500 ℳ verwendet. Die Behauptung der Beklagten über ihre Absicht ist auch völlig plausibel, und die Zahlung des Wechsels ist unstreitig, bezw. vom Richter festgestellt.

Wäre F. vom Vorschußvereine wirklich beauftragt gewesen, der Beklagten den Auftrag zur Zahlung des Wechsels zu erteilen, oder wäre auch nur durch diese Zahlung dem Vorschußvereine ein Vorteil zugeflossen, so würde der Zweck der durch die Klägerin der Beklagten geleisteten Zahlung der 4500 ℳ erreicht worden sein, die Zahlung wäre also kausiert gewesen. Allein beide Voraussetzungen waren nicht vorhanden, und die nach beiden Richtungen vorhandene bona fides der Beklagten ist bedeutungslos für ihr Verhältnis zur Klägerin. Die Beklagte hat aus der falschen Mitteilung F.'s bezw. aus dessen Auftrag eine Klage gegen diesen: nicht aber ist durch diese Vorgänge die ihr durch die Klägerin geleistete Zahlung kausiert geworden, ja diese causa würde selbst dann nicht vorhanden sein, wenn die Klägerin vom Vorschußvereine in der That den Auftrag zur Zahlung der 4500 ℳ für seine Rechnung erhalten gehabt hätte.

Sonach steht auf Grund der allgemeinen Rechtssätze des Kondiktionenrechtes der Klägerin die condictio zu. Der §. 200 A.L.R. I. 16 enthält keine besonderen Grundsätze, und es ist willkürlich, den Zweck, von welchem diese Bestimmung handelt, lediglich als Gegenleistung aufzufassen. Die folgenden §§. 201—204 kommen nicht in Betracht, denn von Vermittelung durch den Zahlenden oder den Zahlungsempfänger oder dem Unmöglichgewordensein der Erreichung des Zweckes durch Zufall ist hier nicht die Rede.

Die beiden Verteidigungen der Beklagten, die Klägerin habe gegen die erforderliche Sorgfalt verstoßen, indem sie dem Vorschußvereine die Quittung der Beklagten nicht eingesandt, und ferner, sie habe der Beklagten von der betreffenden Handlungsweise des F. nicht zeitig genug Anzeige gemacht, dadurch aber sei die frühere Entdeckung des Betruges verhindert und die wirksame Geltendmachung des Schadensersatzanspruches an F. versäumt worden, sind vom ersten Richter mit Recht zurückgewiesen worden. Es wird als erwiesen dargethan, daß die Voraussetzungen dieser der Klägerin gemachten Vorwürfe nicht vorliegen.

Das Berufungsurteil war also wegen Verstoßes gegen die Grundsätze über Kondiktionen, bezw. gegen §. 200 A.L.R. I. 16 aufzuheben, und es würde in der Sache selbst alsbald zu Gunsten der Klägerin

haben erkannt werden können, wenn nicht wegen eines Punktes die Zurückweisung der Sache in die Berufungsinstanz geboten erschienen wäre.

Die Klägerin hat aus dem von F. gegen sie verübten Betruge einen Anspruch auf Schadensersatz und hat diesen im F.'schen Konkurse geltend gemacht. Soweit sie für den ihr durch die Zahlung der 4500 ℳ an die Beklagte entstandene Schaden aus der Konkursmasse Befriedigung erhält, mindert sich der Gegenstand ihrer condictio der Beklagten gegenüber. Mit Recht sind also die Beträge von zusammen 1800 ℳ, welche ihr nach dem Thatbestande des Landgerichtsurteiles vom 23. März und 23. April 1885 aus der Konkursmasse „auf die streitige Forderung" gezahlt sind, schon im ersten Urteile von den 4500 ℳ abgesetzt, und ebenso sind die 450 ℳ, welche die Klägerin nach dem Thatbestande des Berufungsurteiles vom 1. Juli 1885 aus der Konkursmasse zugestandenermaßen erhalten hat, von jenem Betrage dann abzusetzen, wenn dieselben ebenfalls „auf die streitige Forderung" gezahlt sind. Desgleichen ist die Klägerin verpflichtet, die etwa aus der Konkursmasse noch weiter zu beziehenden Beträge sich anrechnen zu lassen. Da nun aus dem Thatbestande nicht zu ersehen ist, ob die 450 ℳ auf die streitige Forderung und nicht etwa auf einen sonstigen aus dem Betruge des F. erhobenen Anspruch gezahlt sind, und da ferner nicht erhellt, ob der Konkurs nicht beendet ist, so ist die Sache zur Entscheidung hierüber in die Berufungsinstanz zurückzuverweisen. Es wird dabei auch zu erwägen sein, in welcher Weise betreffs der noch aus dem Konkurse zu erwartenden Zahlungen das Interesse der Beklagten sicherzustellen ist, ob durch Cession oder durch Kautionsstellung. Desgleichen, ob betreffs des auch nach beendetem Konkurse der Klägerin gegen F. zustehenden Anspruches auf den durch die Leistungen aus der Masse nicht gedeckten Rest eine Entscheidung zu treffen ist, oder ob in dieser Beziehung die Beklagte durch den auch ihr selbst gegen F. zustehenden Schadensersatzanspruch als genügend gesichert zu erachten ist."

67. Hat der Verpächter eines Landgutes, wenn der Pachtvertrag im Laufe eines Wirtschaftsjahres infolge Ausübung des dem Verpächter für den Fall des Konkurses des Pächters vorbehaltenen Kündigungsrechtes aufgehoben wird, und der Reinertrag der in dem letzten Wirtschaftsjahre bis zur Aufhebung des Vertrages gezogenen Nutzungen mehr beträgt, als der demselben Zeitraume in seinem Verhältnisse zum ganzen Jahre entsprechende Teil des Reinertrages der Gesamtnutzung des ganzen laufenden Wirtschaftsjahres, einen Anspruch auf Ausgleichung auf Grund einer Ausmittelung des Jahresreinertrages mit dem Erfolge, daß dem Pächter nur das verbleibt, was dem letztgedachten Teile des Jahresreinertrages gleichkommt?

Vereinigte Civilsenate. Beschl. v. 25. Mai 1887 i. S. G. S. u. Gen. (Bekl.) w. D. Konkurs (Kl.). Rep. IV. 228/86.

I. Landgericht Guben.
II. Kammergericht Berlin.

Die vorstehende Frage ist bejaht worden.

Aus den Gründen:

„Der Beklagte G. S. verpachtete dem Gutspächter D. das Vorwerk B. für die Zeit vom 1. Juli 1873 bis zum 1. Juli 1891. Der Pachtzins wurde auf jährlich 3000 ℳ für die erste Hälfte der Pachtzeit, auf jährlich 3500 ℳ für die letzte Hälfte bestimmt. Im Vertrage wurde verabredet, daß, wenn über das Vermögen des Pächters Konkurs ausbräche, der Verpächter berechtigt sein sollte, während des Laufes des Pachtvertrages die Aufhebung des Vertrages und die Räumung des Pachtgutes nach dreimonatlicher Aufkündigung zu fordern. Über das Vermögen des Pächters wurde am 19. Juli 1883 der Konkurs eröffnet. Der Verpächter kündigte am 1. Juli 1883 dem zum Massenverwalter bestellten Kläger und dem Gemeinschuldner die Pacht und trat in Unterhandlungen mit dem Beklagten R. wegen Übernahme der Pacht an Stelle des Gemeinschuldners. Am 17. Juli trat darauf der Kläger im Einverständnisse mit dem Gemeinschuldner an R. die Rechte des Gemeinschuldners aus dem Pachtvertrage für die Dauer der noch nicht abgelaufenen Pachtzeit ab. R. nahm die Abtretung an, und der Kläger unterhandelte mit R. wegen Verkaufes der gesamten Jahresernte an den letzteren. Der Beklagte G. S. erklärte sich mit

der Abtretung der Pacht einverstanden, hielt sich jedoch für berechtigt zu verlangen, daß die Jahresernte auf dem Pachtgute verbleibe, behielt sich vor, seine Rechte auf die Ernte im Wege des Rechtsstreites geltend zu machen, erklärte sich aber bereit, unter dem Vorbehalte des von ihm behaupteten Rechtes, die Jahresernte gemeinschaftlich mit dem Pächter käuflich zu übernehmen. Der Kläger verkaufte demgemäß die Jahresernte an die beiden Beklagten für 24 777 ℳ, zahlbar in vier gleichen Teilen von sechs zu sechs Wochen, am 15. November beginnend. Der Kaufpreis sollte vom 1. Oktober 1877 an verzinst werden. Das Pachtgut wurde dem neuen Pächter übergeben und der Kaufvertrag über die Ernte von einer Gläubigerversammlung genehmigt.

Die Zahlung der fällig werdenden Beträge des Kaufpreises für die Ernte erfolgte nicht, und der Kläger erhob die vorliegende, auf Zahlung der am 15. Februar und am 1. April 1884 fällig gewordenen Beträge des Kaufpreises gerichtete Klage. Die beiden Beklagten wurden in erster Instanz nach dem Klagantrage verurteilt. Ihre Berufung wurde zurückgewiesen. Gegen das Berufungsurteil haben sie Revision eingelegt.

Der IV. Civilsenat des Reichsgerichtes war bei der nach der Verhandlung der Sache gepflogenen Beratung der Meinung, daß die Revision zurückgewiesen werden müsse. Er hielt sich jedoch für verhindert, dies durch Urteil auszusprechen. Der V. Civilsenat des Reichsgerichtes hatte nämlich in dem vom Kläger wegen der am 15. November und am 1. Dezember 1883 fällig gewordenen Beträge des Kaufpreises erhobenen Rechtsstreite der von ihm abgegebenen, die Abweisung der Klage unter Aufhebung des die Beklagten zur Zahlung der geforderten Beträge verurteilenden Berufungserkenntnisses aussprechenden Entscheidung den Satz zum Grunde gelegt, daß der Kläger, unbeschadet seines Rechtes, die Früchte des letzten Wirtschaftsjahres bis zur Aufhebung des Pachtvertrages einzuernten und dadurch eigentümlich zu erwerben, verpflichtet sei, sich wegen der Nutzungen des letzten Wirtschaftsjahres unter Berechnung ihres Reinertrages mit dem Verpächter in der Weise vollständig auseinanderzusetzen, daß jedem von ihnen ein nach dem Verhältnisse der Zeitdauer des Pachtvertrages in dem Jahre zu dem übrigen Teile des Jahres zu berechnender Teil der Nutzungen zufalle. Die in diesem Satze entschiedene Rechtsfrage wollte der IV. Civilsenat abweichend, nämlich durch Verneinung der von dem V. Civilsenate an-

genommenen Auseinandersetzungspflicht, beantworten. Er verwies daher durch Beschluß vom 30. November 1885 auf Grund der Vorschrift im §. 137 G.V.G. die Verhandlung und Entscheidung der Sache vor die vereinigten Civilsenate.

Die Voraussetzungen des §. 137 a. a. O. sind damit, daß das Urteil des V. Civilsenates auf der Entscheidung einer Rechtsfrage beruht, in deren Beantwortung der IV. Civilsenat von dieser Entscheidung abweichen will, gegeben.

Die Verweisung der Sache vor die vereinigten Civilsenate ist von dem IV. Civilsenate vor der Einführung des Gesetzes vom 17. März 1886, betreffend Abänderung des §. 137 G.V.G., ausgesprochen worden. Die vereinigten Civilsenate haben jedoch laut des am 10. Juni 1886 gefaßten Beschlusses[1] angenommen, daß die Vorschriften des Gesetzes vom 17. März 1886 auch dann zur Anwendung zu bringen seien, wenn die Verweisung der Sache vor die vereinigten Civilsenate vor dem Inkrafttreten des Gesetzes stattgefunden habe. Hiernach muß auch im vorliegenden Falle verfahren werden.

In der Beantwortung der danach zur Entscheidung der vereinigten Civilsenate stehenden Rechtsfrage ist der Auffassung des V. Civilsenates beizutreten.

Die Nutzung eines fruchttragenden Grundstückes ist der Regel nach bedingt durch Arbeiten und Aufwendungen, welche die Entstehung der Früchte vorbereiten, deren Entwickelung befördern und deren Gewinnung ermöglichen. Die Gewinnung kann ebenfalls der Regel nach nur zu gewissen Zeiten erfolgen; sie verteilt sich ungleichmäßig auf die durch den Wechsel der Jahreszeiten von selbst gegebene Nutzungsperiode von einem Jahre. Ebenso verhält es sich mit den Arbeiten und Aufwendungen. Deshalb ist wirtschaftlich die Nutzung eines mit Landwirtschaft verbundenen Grundstückes als ein für die Wirtschaftsperiode bemessenes, aus Nutzungen, Lasten und Aufwendungen gemischtes Ganze anzusehen. Von diesem wirtschaftlichen Gesichtspunkte aus hat das Allgemeine preußische Landrecht das Rechtsverhältnis des Eigentümers zum redlichen Besitzer bei Räumung des Besitzes, das des Eigentümers zum Nießbraucher oder dessen Erben bei Beendigung des Nießbrauches und das des Fideikommiß- und Lehnfolgers zum Allodialerben bestimmt.

[1] Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 16 Nr. 99 S. 398. D. R.

Nach den das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem redlichen Besitzer normierenden Bestimmungen (§§. 197—201 A.L.R. I. 7; §§. 150—156 A.L.R. I. 21) sollen der redliche Besitzer eines Landgutes und der Eigentümer desselben sich in der Art auseinandersetzen, daß die Nutzungen des letzten, vom 1. Juli bis zum 1. Juli zu rechnenden Wirtschaftsjahres, in welchem der redliche Besitz aufgehört hat, zusammengerechnet, die Ausgaben des Jahres davon abgezogen werden, und der verbleibende reine Ertrag nach Verhältnis der Zeitdauer des redlichen Besitzes im letzten Wirtschaftsjahre zu der übrigen Zeit dieses Jahres zwischen dem Eigentümer und dem redlichen Besitzer zur Teilung gelangt. Die gleichen Grundsätze kommen für die Auseinandersetzung zwischen dem Eigentümer eines Landgutes und dem Nießbraucher oder den Erben des Nießbrauchers nach beendigtem Nießbrauche (§§. 143. 150—156. 166 A.L.R. I. 21) und für die Auseinandersetzung zwischen dem Fideikommiß- oder Lehnsfolger mit dem Allodialerben (§. 212 A.L.R. II. 4, §. 510 I. 18) zur Anwendung. Zur Rechtfertigung der Anwendung dieser Grundsätze hat Suarez in seinem Schlußberichte,

vgl. Kamptz, Jahrbücher Bd. 41 S. 1 flg.,

folgendes bemerkt:

> Bei Landwirtschaften lassen sich Früchte eines gewissen bestimmten Zeitpunktes gar nicht denken, sondern nur von einem ganzen Wirtschaftsjahre kann bestimmt werden, was das Gut in diesem Jahre getragen habe. Nach der römischen Theorie hängt es bloß vom Zufalle ab, zu welcher Zeit der Besitzer durch Insinuierung der Citation in malam fidem versetzt wird, und ob er danach viel oder wenig fructus restituieren soll. Es kann sich sonach treffen, daß er alle Lasten und Unglücksfälle der Wirtschaft getragen hat und von den fructus wenig oder gar keinen Nutzen zieht. Umgekehrt" ꝛc (S. 9 und 10 das.).

Noch schärfer drückt sich Suarez aus bei Rechtfertigung der landrechtlichen Vorschriften über die Verteilung der Nutzungen des letzten Wirtschaftsjahres beim Nießbrauche:

> Das Gesetzbuch hat also guten Grund gehabt, von allen diesen verschiedenen und widersprechenden Theorieen abzugehen und die Früchte des letzten Jahres zwischen dem Nießbraucher oder dessen Erben und dem Eigentümer nach Verhältnis der vor und nach Endigung des Nießbrauches verflossenen Zeit zu teilen. Der Grund davon liegt

darin, daß bei einem Landgute, welches mannigfaltige Rubriken von Nutzungen hat, die zu ganz verschiedenen Zeiten fällig sind und eingezogen werden können, und wobei auf der anderen Seite mancherlei Arten von Ausgaben vorfallen, deren Zahlung mit den Terminen der Fruchterhebung nur selten koinzidiert, es durchaus unmöglich ist, im Laufe eines Wirtschaftsjahres einzelne Zeitpunkte, wo Nutzungen oder Lasten diesem oder jenem Teile verbleiben sollen, zu bestimmen, ohne daß dadurch der Eine oder Andere auf eine unbillige Weise begünstigt oder verkürzt werde. Erst am Schlusse des Wirtschaftsjahres lassen sich Einnahmen und Ausgaben gegeneinander balancieren" ꝛc (S. 100 flg. das.).

Diese Erwägungen ergeben, daß in Ansehung der in Frage stehenden rechtlichen Beziehungen zwischen dem Eigentümer und dem redlichen Besitzer, dem Eigentümer und dem Nießbraucher oder dessen Erben bei beendigtem Nießbrauche, dem Fideikommiß- oder Lehnsfolger und dem Allodialerben, auf Grund von Billigkeitsrücksichten, um einer Begünstigung oder Verkürzung des einen oder des anderen Teiles durch den Zufall zu begegnen, dem Wirtschaftsjahre die Bedeutung beigelegt worden ist, daß eine Teilung der Nutzungen nach bestimmten Zeiträumen des letzten Wirtschaftsjahres nicht stattfinden, vielmehr das wirtschaftliche Gesamtergebnis des letzten Wirtschaftsjahres als wirtschaftliche Einheit zur Teilung gebracht werden soll.

Für den Pachtvertrag sind dergleichen Bestimmungen nicht ausdrücklich gegeben. Die Bedeutung des Wirtschaftsjahres als wirtschaftlicher Einheit ist aber auch für die Landgüterpacht in einer Reihe gesetzlicher Bestimmungen anerkannt. Ist die Zeit, für welche der Pachtvertrag dauern soll, in diesem nicht bestimmt, so kann bei Land- und Ackergütern die Kündigung nur auf das Ende des Wirtschaftsjahres gestellt werden (§. 343 A.L.R. I. 21). Die stillschweigende Verlängerung erfolgt auf die Dauer eines Jahres; ist die Wirtschaftsperiode länger, um diese (§§. 328. 329. 330 a. a. O.). Der Pächter eines Landgutes kann nur insofern Remission fordern, als er nachzuweisen vermag, daß das Gut in dem laufenden Wirtschaftsjahre, durch alle Rubriken hindurch zusammengenommen, nicht soviel, als der Pachtzins ausmacht, getragen habe (§. 485 a. a. O.). In dem Falle einer notwendigen gerichtlichen Veräußerung (§. 351 a. a. O.; Subhastationsordnung §. 22), bei dem Tode des Pächters (§. 368 A.L.R. I. 21), bei dem

Aufhören des Rechtes des Pächters (resoluto jure dantis, §. 388 a. a. O.), bei dem Rücktritte aus allgemeinen Gründen (§. 393 a. a. O.), bei dem Eintritte eines Krieges (§§. 557. 558 a. a. O.), bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Pächters (§. 62 A.G.A. I. 50, §§. 360—370 A.L.R. I. 21, §. 18 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855, §. 17 R.K.O.), ferner in dem Falle, daß der Pächter mit dem Pachtzinse zweier Termine im Rückstande ist (§§. 298. 342 A.L.R. I. 21), ist die Aufhebung des Pachtvertrages zwar zulässig, sie kann aber nur in der Weise erfolgen, daß der Pächter erst mit dem Ablaufe des Wirtschaftsjahres zu räumen braucht. Muß der Pächter wegen Mißbrauches der Pachtsache im Laufe eines Wirtschaftsjahres entsetzt werden, so ist er verpflichtet, den ganzen Pachtzins für das Jahr zu zahlen, und das Gut wird bis zum Ablaufe des Jahres für seine Rechnung verwaltet (§§. 598. 599 a. a. O.).

Bei diesem Stande der Gesetzgebung ist eine Teilung der Früchte eines Wirtschafts- oder Pachtjahres zwischen dem Verpächter und Pächter vom Gesetze überall nicht vorgesehen. Gegen den Eintritt solcher Folgen, wie sie das Allgemeine Landrecht für die Fälle des Aufhörens des redlichen Besitzes, der Beendigung des Nießbrauches, des eine Auseinandersetzung zwischen dem Allodialerben und dem Fideikommiß- oder Lehnsfolger bedingenden Erbanfalles, durch die oben erwähnten Bestimmungen vermeiden will, giebt das Gesetz hier insofern Schutz, als es mit den ebenfalls erwähnten Vorschriften, durch welche die Fälle erschöpft sind, in denen die Aufhebung eines Pachtvertrages während der Dauer der Pachtzeit wider den Willen des anderen Vertragschließenden erfolgen darf, eine Aufhebung des Pachtvertrages während des Laufes eines Wirtschaftsjahres wider den Willen des anderen Vertragschließenden ausschließt. Daraus folgt indes nicht die Unanwendbarkeit der in Frage stehenden, für den redlichen Besitz, den Nießbrauch, die Fideikommiß- und Lehnsfolge gegebenen Vorschriften auf den Fall, in welchem durch den Pachtvertrag selbst die Befugnis des einen oder des anderen Vertragschließenden begründet wird, den Pachtvertrag unter gewissen Voraussetzungen während eines Wirtschaftsjahres dergestalt, daß vor dem Ablaufe des Jahres die Räumung der Pacht zu erfolgen hat, zur Aufhebung zu bringen. In einem solchen Falle fragt es sich vielmehr, ob nicht nach dem Wesen des Pachtvertrages und der Natur des von den Vertragschließenden vorgesehenen Grundes der Aufhebung

des Pachtvertrages innerhalb eines Wirtschafts- oder Pachtjahres unter Berücksichtigung der aus der Natur der Sache sich ergebenden und in den erwähnten, vom Gesetze vorgesehenen Fällen gesetzlich anerkannten wirtschaftlichen Einheitlichkeit des Wirtschaftsjahres eine Ausgleichung zwischen dem Verpächter und dem Pächter nach Maßgabe der für den redlichen Besitz, den Nießbrauch, die Fideikommiß- und Lehnsfolge gegebenen Bestimmungen als im Vertragswillen auch ohne weitere vertragsmäßige Festsetzung beschlossen angesehen werden muß.

Diese Frage wird, wenn nicht die besonderen Umstände des Falles eine andere Entscheidung gebieten, in der Regel zu bejahen sein. Beim Pachtvertrage stehen sich Pachtnutzungen und Pachtzins, auch wenn die Nutzungen der Zeit nach den Fälligkeitszeiten des Pachtzinses nicht entsprechen, rechtlich als gleichmäßig fortlaufende Leistungen gegenüber, sodaß ein jeder Teil der einen Leistung als Gegenleistung für einen entsprechenden Teil der anderen Leistung anzusehen ist. Bei der für eine Reihe von Jahren abgeschlossenen Landgüterpacht aber ist das Pachtjahr in Ansehung der Nutzungen und der zum Zwecke der Nutzungen gemachten Verwendungen und anderweiten Ausgaben als wirtschaftliche Einheit gegenüber der Verpflichtung des Pächters zur Zahlung des Pachtzinses in der Art anzusehen, daß der Jahrespachtzins sich als Abgeltung der Jahresnutzungen darstellt, sodaß es der Natur der Landgüterpacht und der Bedeutung des Wirtschaftsjahres widerspricht, die Nutzungen, Lasten und Aufwendungen eines Jahres nach bestimmten Zeiträumen zu zerlegen und den auf einen dieser Zeiträume fallenden Teil des Pachtzinses als Gegenleistung für die Gewährung der Nutzung in diesem Zeitraume anzusehen, vielmehr nur eine Teilung des wirtschaftlichen Gesamtergebnisses eines Jahres als einheitlicher Wirtschaftsperiode mit dem Wesen der Landgüterpacht in Einklang zu bringen ist (vgl. auch §§. 8—10 A.L.R. I. 21).

Im vorliegenden Falle hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, es habe nach dem Willen der Vertragschließenden bei Aufhebung des Pachtvertrages aus dem betreffenden Grunde zum Nachteile des Verpächters von den gewöhnlichen wirtschaftlichen Rücksichten abgesehen werden sollen. Die Parteien können auch nicht wohl stillschweigend von dem Vorhandensein einer solchen Ausnahme ausgegangen sein. Denn es handelt sich um einen in der Person des Pächters eingetretenen Pachtaufhebungsgrund. Und der Verpächter sollte durch die Möglich-

keit der Kündigung und Aufhebung auch innerhalb eines Pachtjahres Schutz erhalten gegen die nachteiligen Folgen einer Fortdauer der Pacht bis zum Ablaufe der gesetzlich zulässigen Aufhebungszeit. Mit dem so gestalteten Rechtsverhältnisse würde die Annahme eines Vertragswillens nicht zu vereinigen sein, welcher darauf gerichtet wäre, daß der Pächter alle im letzten Pachtjahre bis zu dem Zeitpunkte der Aufhebung des Pachtvertrages gewonnenen Früchte ohne Anspruch des Verpächters auf Ausgleichung auch in dem Falle behielte, daß der Reinertrag der bis zu jenem Zeitpunkte gewonnenen Nutzungen mehr betrüge, als der dem fraglichen Zeitraume in seinem Verhältnisse zum Jahre entsprechende Teil des Reinertrages der Gesamtnutzung des ganzen Pachtjahres. Die in Frage stehende Gestaltung des Rechtsverhältnisses nötigt vielmehr, in demselben einen Anspruch des Verpächters auf Ausgleichung in der Art als gegeben anzuerkennen, daß eine Ausmittelung des Jahresreinertrages zu erfolgen hat, und dem Pächter nur das verbleibt, was von dem Reinertrage des ganzen Jahres auf den der Dauer des Pachtrechtes in dem Jahre entsprechenden Zeitraum fällt."

IV. Rheinisches Recht.

68. Findet der Art. 918 Code civil auch auf den Fall Anwendung, wenn ein Hausgrundstück mit Vorbehalt eines lebenslänglichen Wohnungsrechtes an einen zur Erbschaft in gerader Linie Berufenen veräußert worden ist?

II. Civilsenat. Urt. v. 18. März 1887 i. S. Witwe B. u. Gen. (Kl.) w. E. K. (Bekl.) Rep. II. 360/86.

I. Landgericht Düsseldorf.
II. Oberlandesgericht Köln.

Die vorstehende Frage ist gegen die Annahme des Berufungsurteiles vom Reichsgerichte verneint worden aus folgenden

Gründen:

„Die Bestimmung des Art. 918 Code civil setzt voraus, daß Vermögensstücke gegen eine Leibrente, gegen verlorenes Kapital oder mit Vorbehalt des Nießbrauches veräußert sind. Das Oberlandesgericht nimmt nun an, daß diese Voraussetzung hier zutreffe, weil A. K. zugleich namens seiner Ehefrau gütergemeinschaftliche Hausgrundstücke teils gegen einen bestimmten Preis, teils unter Vorbehalt des lebenslänglichen Wohnungsrechtes an den Sohn beider verkauft habe, dieser Vorbehalt aber eine auf die Lebensdauer der Veräußernden beschränkte Leistung, einen Vorbehalt der Nutznießung, enthalte. Die Annahme des Oberlandesgerichtes beruht indes auf einer rechtsirrtümlichen Auffassung.

Der Art. 918 a. a. O. enthält die doppelte Anomalie, daß derselbe einen oneroſen Vertrag kraft gesetzlicher Vermutung zu einer Schenkung stempelt, und sodann, daß diese Schenkung, abweichend von

der Vorschrift des Art. 843 a. E., als vom Rückbringen befreit gilt, ist daher auf das engste auszulegen, wenn es sich um seine Anwendung handelt. In dem Kaufakte vom 3. November 1876, der hier in Betracht kommt, ist nun „die Benutzung des verkauften Hauses zur eigenen Wohnung" für die Lebensdauer der Eheleute A. K. vorbehalten. Es steht also hier ein Wohnungsrecht in Frage, und das Oberlandesgericht übersieht, daß das Recht des Nießbrauches — Artt. 587 flg. Code civil — und das Wohnungsrecht — Artt. 632 flg. a. a. O. —, welche es identifiziert, ihrem Begriffe und Umfange nach wesentlich verschieden sind, sodaß im Sinne des Art. 918 a. a. O. eine Veräußerung mit Vorbehalt eines Wohnungsrechtes grundsätzlich nicht mit einer Veräußerung unter Vorbehalt des Nießbrauches gleichgestellt werden kann. Zu demselben Ergebnisse gelangt man auch, wenn man den Grund der genannten Gesetzesvorschrift ins Auge faßt. Der Art. 26 des Gesetzes vom 17. Nivose des Jahres II verbot, um die Gleichheit unter den Erben aufrechtzuerhalten und verschleierten Begünstigungen zu begegnen, toutes donations à charge de rente viagère ou ventes à fonds perdu in der geraden und Seitenlinie an einen der Präsumtiverben und dessen Descendenten. Veräußerungen unter Vorbehalt des Nießbrauches berührte das Gesetz nicht. Der Code civil, obwohl von gleicher Tendenz ausgehend, doch weniger radikal als seine Quelle, beschränkt zunächst seine Bestimmung auf den Schutz der Vorbehaltserben, und spricht sodann kein Verbot von Veräußerungen der fraglichen Art aus, betrachtet dieselben vielmehr kraft gesetzlicher Vermutung als Schenkungen, denen er dann — der Intention des Schenkers gemäß — Befreiung vom Rückbringen gewährt. In einem Punkte geht der Art. 918 a. a. O. aber weiter, als das Nivose-Gesetz, indem er auch Veräußerungen unter Vorbehalt des Nießbrauches in den Kreis seiner Bestimmung zieht. Ersichtlich ist das nicht aus dem Grunde geschehen, weil Veräußerungen, deren Gegenstand das nackte Eigentum bildet, sachlich den Veräußerungen gegen eine Leibrente oder sonst verlorenes Kapital gleich ständen, sondern weil Veräußerungen jener Art erfahrungsmäßig zu verschleierten Begünstigungen, denen das Gesetz entgegenwirken will, benutzt wurden. Ist das aber der Grund der bezüglichen Bestimmung, so erhellt, daß dieser bei Veräußerungen mit Vorbehalt eines Wohnungsrechtes im minderen Maße als bei Veräußerungen unter Vorbehalt des Nießbrauches zutrifft.

Nach dem Ausgeführten hat daher das Oberlandesgericht den Art. 918 a. a. O. zu Unrecht auf den vorliegenden Fall angewendet. Vgl. Zachariä-Dreyer, Bd. 4 S. 307 N. 9 a. E. und das Urteil des Pariser Kassationshofes im Journ. du Palais Bd. 84 S. 225."

---

69. 1. Verbot der Aftererbsetzung; beschränkte Wirkung des Verbotes nach bad. L.R.S. 896.

2. Enthält die Bestimmung eines Ehevertrages, daß der längstlebende Ehegatte zur Übernahme aller Liegenschaften des verstorbenen um den inventarischen Anschlag berechtigt sein soll, eine freigebige Verfügung auf den Todesfall?

3. Kommen bei der Berechnung, ob das Maß der nach L.R.S. 1098 zulässigen Freigebigkeiten überschritten sei, auch durch den Vollzug der Bestimmungen des Ehevertrages empfangene Vorteile, insbesondere auch die Abfindungssumme nach L.R.S. 1522 und die eheliche Nutznießung nach L.R.S. 745a in Betracht?

4. Ist die Strafklausel eines Testamentes, wonach die Erben bei Anfechtung desselben auf den Pflichtteil gesetzt sein sollen, unwirksam (L.R.S. 900)?

II. Civilsenat. Urt. v. 1. April 1887 i. S. v. W. (Kl. u. Widerbekl.) w. S. (Bekl. u. Widerkl.) Rep. II. 373/86.

I. Landgericht Freiburg.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Der vor Abschluß der ersten Ehe des Erblassers, aus welcher die Kläger stammen, nach L.R.S. 1500 errichtete Ehevertrag vom 16. Mai 1847 enthält in Art. 8 die Bestimmung:

„(Abs. 1.) Die Ehe mag mit oder ohne Kinder, durch Vorabsterben des Mannes oder der Frau aufgelöst werden, so soll der Längstlebende zur Übernahme aller vorhandenen Liegenschaften und Fahrnisse des Verstorbenen für den inventarischen Anschlag berechtigt sein.

(Abs. 3.) Liegenschaften, welche übrigens nach Abs. 1 dieses Artikels dem Längstlebenden für den inventarischen Anschlag anfallen,

müssen, wenn Kinder aus der vorhabenden Ehe vorhanden sind, auf diese oder ihre Nachkommen — falls nämlich die Kinder schon früher gestorben sein würden — mit des Längstlebenden Tod zurückfallen."

Von der Berechtigung unter Abs. 1 machte der Erblasser nach dem Tode seiner ersten Ehefrau (1854) Gebrauch, sodaß ihm deren ganzes Vermögen, worunter drei Sonderliegenschaften, um den an die Kinder zu zahlenden Anschlag zugewiesen wurde. Zwei von diesen Liegenschaften veräußerte er in der Folge, wobei er für den im Jahre 1854 zu 6000 fl. gewerteten Garten im Jahre 1885 einen Preis von ca. 244 000 ℳ erzielte, und hinterließ ein Testament, worin verfügt ist, daß der Erlös aus dem verkauften Garten seinen Kindern aus erster und zweiter Ehe gleichheitlich zukommen solle.

In dem bei Eingehung der zweiten Ehe des Erblassers abgeschlossenen Ehevertrage vom 21. September 1861 war in §. 1 nach Ausschluß der Gemeinschaft bis auf von jeder Seite einzuwerfende 500 fl. die Bestimmung getroffen:

„Als Anteil an dem Gemeinschaftsvermögen erhält die Fräulein Braut oder deren Erben für jedes Jahr, solange die Ehe resp. Gemeinschaft besteht, die Summe von 3500 fl."

und in dem erwähnten Testamente ist verfügt, daß die der gegenwärtigen Ehefrau an dem Erbteile seiner Kinder erster Ehe (zu $^1/_4$) zustehende Nutznießung als Kapital in guten Staatspapieren angelegt und diese bei der Rheinischen Kreditbank deponiert werden sollen. Sein Wohnhaus vermachte er seinen Kindern aus zweiter Ehe um einen bestimmten Anschlag, seiner Ehefrau die Nutznießung daran, welche ihr nicht höher als dieser Anschlag berechnet werden dürfe und nach Wahl auf Rechnung der ihr nach dem Ehevertrage (an dem hälftigen Erbteile ihrer Kinder) zustehenden Nutznießung auszuüben sei.

In einem weiteren letzten Willen des Erblassers vom 21. September 1885 war verordnet:

„Für den Fall, daß die in meinem Testamente vom ꝛc getroffenen Verfügungen durch Einsprachen meiner Kinder aus erster Ehe, oder auch nur durch Eines derselben nicht vollständig zum Vollzuge kommen, so setze ich alle meine Kinder aus erster Ehe auf den Pflichtteil und vermache dasjenige, was ich ihnen entzogen habe, meinen Kindern aus zweiter Ehe als Voraus und als Erbaufbesserung."

Die von den Kindern erster Ehe gegen die Kinder zweiter Ehe und die Witwe des Erblassers erhobene Klage und die Widerklage der Beklagten hatten den Vollzug der beiden Testamente, den Anspruch der Kläger auf die ihnen entzogenen mütterlichen Liegenschaften bezw. deren Erlöse und die Wahrung der Pflichtteilsberechtigungen zum Gegenstande.

Aus den Gründen:

„1. Zur Entscheidung über die Klaganträge 1 und 4... richtet sich der Angriff der Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichtes, daß in Art. 8 des Ehevertrages vom 16. Mai 1847 eine nach L.R.S. 896 verbotene Aftererbsetzung enthalten, und daß in der auf Ableben der Mutter der Kläger gepflogenen Erbteilung eine Verpflichtung des überlebenden Ehemannes, die Liegenschaften zurückzugeben, nicht übernommen worden sei. Hierdurch sei der Begriff der freigebigen Verfügung (L.R.S. 1105) verkannt und die L.R.S. 896. 1081. 1497 verletzt und sei ferner gegen den L.R.S. 1130 sowie gegen das Prozeßgesetz (§. 513 Ziff. 7 C.P.O.) verstoßen worden.

Diese Rügen können nicht für begründet erachtet worden.

Der Ehevertrag vom 16. Mai 1847 hat in Art. 1 die gesetzliche Fahrnisgemeinschaft mit der Beschränkung eingeführt, daß alles fahrende jetzige und künftige Einbringen bis auf einen Betrag von 2000 fl., den jeder Teil in die Gemeinschaft einwerfe, verliegenschaftet sein solle, und nach Art. 4 fällt die Errungenschaft in jedem Falle dem Manne oder seinen Erben allein zu, wogegen die Frau eine bestimmte Abfindung erhält. Wenn nun auch die Bestimmung in Art. 8, daß bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten der überlebende zur Übernahme aller vorhandenen Liegenschaften des Verstorbenen für den inventarischen Anschlag berechtigt sein soll, diese Berechtigung nicht auf die Sonderliegenschaften des verstorbenen Ehegatten beschränkt, so konnte doch ohne Rechtsirrtum verneint werden, daß die Bestimmung des Art. 8 als Bestandteil des die Gütergemeinschaft regelnden Gedinges (L.R.S. 1497. 1527) zu betrachten und deshalb oneroser Natur sei. Als Verfügung über Gegenstände des künftigen Nachlasses würde dieselbe den L.R.S. 1130 verletzen und kann nur als eine der durch die L.R.S. 1093. 1094 zugelassenen Freigebigkeiten rechtliche Geltung haben.

Die Zuwendung der hier allein in Frage stehenden Sonderliegenschaften der verstorbenen Ehefrau an den überlebenden Ehemann ist nun in Wahrheit eine freigebige Verfügung zu Gunsten des letzteren,

und zwar, da sie sich auf die künftig im Nachlasse befindlichen Liegenschaften bezog, ein Vertragsvermächtnis (L.R.S. 1093. 1082).

Daß mit dieser Zuwendung die Auflage verbunden ist, im Falle der Annahme derselben den inventarischen Anschlag der übernommenen Liegenschaften an die gesetzlichen Erben herauszuzahlen, hebt deren Natur als einer freigebigen Verordnung auf den Todesfall, welche dem Bedachten die freie Wahl der Annahme oder Nichtannahme ließ, nicht auf und steht der Anwendbarkeit des L.R.S. 896 jedenfalls nicht entgegen.

Der Erblasser hat an den drei mehrgedachten eheweiblichen Liegenschaften, indem er von dem Rechte aus Art. 8 Abs. 1 des Ehevertrages nach dem Tode seiner ersten Ehefrau Gebrauch machte, gegen Bezahlung des Anschlages das Eigentum erworben. Die Gültigkeit der Zuwendung an sich ist nicht angefochten; sie wurde von den Teilungsinteressenten anerkannt und vollzogen, der Erwerb auch ins Grundbuch eingetragen. Damit ist das Eigentum von der ersten Ehefrau unmittelbar auf den Erblasser übergegangen, welcher dasselbe nicht etwa erst von den gesetzlichen Erben der Ehefrau erworben hat.

Die in Art. 8 Abs. 3 des Ehevertrages vom 16. Mai 1847 weiter getroffene Bestimmung ... wird von der Revision als eine mit der Zuteilung der Liegenschaften an den überlebenden Ehegatten verknüpfte auflösende Bedingung erklärt. Unterstellt man dies, so würde, da sich die Bedingung mit dem Tode des Erblassers erfüllt hätte, die Zuwendung an den letzteren mit rückwirkender Kraft (L.R.S. 1183) aufgelöst worden und die in dessen Besitz befindlichen, von der Mutter der Kläger herrührenden Liegenschaften kraft der zu Gunsten der Kinder getroffenen Verfügung an die Kläger gefallen sein. Auf diese Weise würden nach der Anschauung der Revisionskläger die Liegenschaften nicht einem successiven Erbgange, wie ihn die fideikommissarische Substitution voraussetzt, unterworfen gewesen und ungeachtet der vom Erblasser darüber getroffenen Verfügungen mit dessen Tode in ihr Eigentum übergegangen sein. Allein diese rechtliche Konstruktion ist zu verwerfen. Abgesehen von der Frage, ob nicht in einem dieser Art bedingten Vermächtnisse gleichwohl eine verbotene Aftererbsetzung zu erblicken wäre, und abgesehen von der weiteren Frage, ob sich auf diese Weise die auf den Ersatz des auf den Todestag zu berechnenden Wertes der größtenteils vom Erblasser veräußerten Liegenschaften gerichtete Klage begründen

ließe, hat die behauptete Bedingtheit des Vermächtnisses in dem angeführten Art. 8 des Ehevertrages keinen Ausdruck gefunden. Der überlebende Ehegatte ist für berechtigt erklärt, die vorhandenen Liegenschaften um den Anschlag zu übernehmen, also das Eigentum daran zu erwerben. Daß diese Erwerbung hinfällig werde oder als nicht geschehen, etwa als bloße Nutznießung zu betrachten sei, und daß die Liegenschaften, wenn bei des Bedachten Tode Nachkommen aus dessen erster Ehe vorhanden wären, diesen als Vermächtnis der ersten Ehefrau zufallen sollen, besagt Art. 8 nicht, vielmehr enthält derselbe neben der Einräumung der Berechtigung, daß der überlebende Ehegatte die Liegenschaften gegen den Anschlag übernehme, nur die Vorschrift, daß die Liegenschaften, wenn von diesem Rechte Gebrauch gemacht werde, mit des Längstlebenden Tode auf die Kinder bezw. Nachkommen aus der abzuschließenden Ehe zurückfallen müssen. Das Berufungsgericht konnte daher ohne Rechtsirrtum davon ausgehen, daß die Zuwendung an den überlebenden Ehemann nach der getroffenen Bestimmung ihre Wirkung behalten sollte und daß die Vorschrift des Abs. 3 nur die Auflage an denselben enthalte, die übernommenen Liegenschaften nicht zu veräußern, vielmehr aufzubewahren und an etwaige Kinder aus der Ehe bezw. Nachkommen von solchen mit seinem Tode zurückgelangen zu lassen, und sonach eine Aftererbung nach L.R.S. 896 annehmen.

Da sich die Klage, soweit sie die erwähnten Liegenschaften betrifft, auf die gedachte Auflage stützt, durch deren Verletzung der Erblasser die Kläger benachteiligt hat, so kann nach dem Angeführten den Beklagten das Recht nicht abgesprochen werden, sich zum Zwecke der Aufrechterhaltung der vom Erblasser getroffenen Verfügungen auf das Verbot der Aftererbsetzungen in L.R.S. 896 zu berufen, welche Gesetzesvorschrift in bewußter Abweichung von Art. 896 Code civil nicht die Ungültigkeit der Verfügung in ihrer Gesamtheit verordnet, sondern nur die dem Schenk- oder Vermächtnisnehmer gemachte Auflage, das Empfangene einem Dritten aufzubewahren und zurückzuliefern, für den Belasteten unverbindlich erklärt.

Was sodann die weitere Klagebegründung durch den Inhalt der Bemerkungen 2 und 4 des vom Erblasser unterzeichneten Teilungsaktes vom 24. Oktober 1854 angeht, so hat das Berufungsgericht festgestellt, daß hiermit eine neue Verbindlichkeit nicht geschaffen werden wollte, eine Feststellung, welche der Nachprüfung des Revisionsgerichtes ent-

zogen ist und der erforderlichen Begründung nicht entbehrt. Als Anerkennung oder Bestätigung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit betrachtet, würde aber daraus zu Gunsten der Klage nichts abgeleitet werden können, da eine gesetzlich verbotene Verbindlichkeit auch durch Bestätigung nicht rechtlich wirksam wird (L.R.S. 1131 vgl. mit 1338. 1304).

2. . . . Nach L.R.S. 1098 durfte der Erblasser seiner zweiten Ehefrau, der mitbeklagten Witwe, nicht mehr zuwenden, als der Anteil des mindestbegünstigten seiner Kinder beträgt, und in keinem Falle mehr als ein Vierteil seines Vermögens.

. . . Daß deren Forderung von 144 000 ℳ sowie die auf L.R.S. 745a beruhende Nutznießung der auf L.R.S. 1098 gestützten Minderungsklage unterliegen können, hat das Berufungsgericht mit Unrecht verneint. Die Forderung von 144 000 ℳ beruht auf §. 1 des Ehevertrages der beklagten Witwe vom 21. September 1861, wonach . . . als Anteil an der Gemeinschaft der Braut oder deren Erben für jedes Jahr, solange die Ehe bezw. die Gemeinschaft bestehe, die Summe von 3500 fl. zugesprochen ist. Da die Ehe 24 Jahre gedauert, berechnet sich hiernach der letztere Anspruch auf 24×6000 ℳ $= 144000$ ℳ. Bei der Berechnung, ob das Maß der nach L.R.S. 1098 zulässigen Freigebigkeiten überschritten sei, kommen aber nicht bloß Schenkungen, sondern auch solche Vorteile in Anschlag, welche der spätere Ehegatte durch den Vollzug der Bestimmungen des Ehevertrages empfangen hat, mit Ausnahme des Anteiles an der hälftig zu teilenden Errungenschaft (L.R.S. 1527). Das angeführte Geding einer im voraus zugesagten bestimmten Abfindungssumme, welches unter L.R.S. 1522 fällt, ist eine solche der nach L.R.S. 1098 der Minderung unterworfenen Zuwendungen im Ehevertrage, jedoch nach L.R.S. 1527 Abs. 3 nur, soweit die angesprochene Abfindung die Hälfte des Gemeinschaftsvermögens übersteigt.

. . . . Eine weitere Ausdehnung dieses Vorbehaltes (etwaiger Minderung) mußte aber auch auf die der beklagten Witwe unter I, 2d Abs. 1 zuerkannte Nutznießung erfolgen, obgleich diese das Maß der gesetzlichen Nutznießung nach L.R.S. 745a nicht übersteigt; denn auch diese dem überlebenden Ehegatten, welcher in einer Gütergemeinschaft gelebt hat, kraft ehelichen Rechtes zustehende lebenslängliche Nutznießung

ist in den nach L.R.S. 1098 zu Gunsten des zweiten Ehegatten verfügbaren Vermögensanteil einzurechnen.

Vgl. L.R.S. 738a. 1519a. 1535a. 1496; Brauer, Erläuterungen Bd. 6 S. 804; Jahrbücher des badischen Oberhofgerichtes N. F. Bd. 8 S. 548/55; Magazin für badische Rechtspflege Bd. 3 S. 447; Annalen der badischen Gerichte Bd. 25 S. 109, Bd. 28 S. 246/50; Behaghel, Badisches bürgerliches Recht Bd. 1 S. 615.

3. Unter Ziff. 5 enthält die Klage den Antrag, die letztwillige Verordnung vom 21. September 1885 für ungültig zu erklären; dieser Antrag wurde in dem angefochtenen Urteile abgewiesen, und auch hierdurch erklären sich die Revisionskläger beschwert, allein ihre Beschwerde erscheint nicht als gerechtfertigt.

Die Ungültigkeit der in diesem Testamente enthaltenen Strafklausel wird auf L.R.S. 900 gestützt, wonach bei Verordnungen auf den Todesfall Bedingungen oder Auflagen, welche den Gesetzen oder den guten Sitten zuwider sind, für nicht geschrieben geachtet werden. Das Berufungsgericht hat nun aber mit Recht angenommen, daß eine solche Strafklausel keineswegs an sich etwas Unsittliches enthalte. Dies wäre nur dann der Fall, wenn sie zur Aufrechterhaltung von der öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreitenden Verfügungen dienen soll, während, wenn lediglich Privatinteressen in Frage stehen, der durch die Klausel gewährte Schutz der getroffenen letztwilligen Anordnungen als ein zulässiger und wirksamer zu betrachten ist.

Da der Hauptinhalt des letzten Willens vom 19. September 1885 in der Darlegung der Beweggründe für die Nichterfüllung der Auflage des Art. 8 Abs. 3 des Ehevertrages vom 16. Mai 1847 in bezug auf den von 6000 fl. auf 243 762,40 ℳ im Werte gestiegenen Garten und für die gleichheitliche Verteilung des Erlöses aus dem Verkaufe dieser Liegenschaft unter die Kinder aus beiden Ehen des Erblassers besteht, so könnte es sich fragen, ob die Absicht, diese Verfügungen durch die Strafklausel zu sichern, nicht etwas Unsittliches enthalte, allein nachdem oben die gedachte Auflage des Ehevertrages für unverbindlich erklärt worden ist, ergiebt sich die Verneinung der Frage von selbst. Daß das Testament vom 19. nebst dem Nachtrage vom 20. September 1885 die Rechte der Kläger aus den L.R.S. 913. 1098 verletzt, haben die Kläger im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht nachgewiesen, sich vielmehr alle etwaigen Minderungsansprüche vorbehalten. Überdies können

dieselben, ungeachtet jener Klausel, auf Ergänzung ihres Pflichtteiles klagen, da nach der Auslegung, welche das Testament vom 21. September 1885 bei den vorderen Instanzen gefunden hat, erst der Erfolg einer Anfechtung, also die Anerkennung einer Pflichtteilsverletzung die Verwirkung der in der Setzung auf den Pflichtteil bestehenden Strafe herbeiführt. Die Zuwendungen an die zweite Ehefrau des Erblassers, welche die Kläger etwaigen Minderungsansprüchen aus L.R.S. 1098 unterziehen wollen, beruhen aber wesentlich auf dem Ehevertrage und dem Gesetze oder bei Lebzeiten gemachten Schenkungen.

Daß die angedrohte Entziehung des Freiteiles gegenüber allen Klägern schon dann eintreten soll, wenn nur einer derselben durch eine Einsprache den Vollzug einer Testamentsbestimmung verhindert, ist eine Verstärkung, welche die Anfechtung erschwert, allein daß hierin an sich etwas Unsittliches zu finden sei, ist ohne Rechtsirrtum verneint worden."

---

70. 1. Begründet die Entwährung des Kaufobjektes für den Käufer einen Anspruch auf Auflösung des Kaufvertrages gemäß Art. 1184 des Bürgerlichen Gesetzbuches, oder nur einen Entschädigungsanspruch gegen den Verkäufer?

2. Ist die Novation der Kaufpreisforderung in eine Darlehnsforderung gültig, wenn nach der Novation die Entwährung des Kaufobjektes erfolgt ist?

II. Civilsenat. Urt. v. 22. April 1887 i. S. K. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. II. 423/86.

I. Landgericht Trier.
II. Oberlandesgericht Köln.

Durch Notarialakt vom 26. Mai 1879 verkauften die Eheleute C. die „Weiermühle" nebst Zubehör für 5100 ℳ an P. und cedierten den Kaufpreis an den Beklagten K. Durch Privatakt vom 11. Juni 1882 verkaufte P. die Mühle weiter an den Kläger B. für 3900 ℳ und wurde auch dieser Kaufpreis seitens des P., welcher an K. noch nichts gezahlt hatte, an den letzteren cediert. B. verpflichtete sich in dem vor-

gedachten Privatakte, den Kaufpreis von 3900 ℳ in zwei Terminen nebst Zinsen an den Cessionar K. zu zahlen, ungeachtet der etwaigen auf den verkauften Immobilien haftenden Hypotheken und Privilegien. Am Fuße des Aktes bekannte K., unter demselben Datum (11. Juni 1882) von B. den Kaufpreis von 3900 ℳ erhalten zu haben. In Wirklichkeit hatte aber B. den Kaufpreis nicht gezahlt; vielmehr übernahm er dem Gläubiger K. gegenüber an Stelle der Kaufpreisschuld eine neue Schuld in der Weise, daß er durch Schuldschein anerkannte, von K. am 11. Juni 1882 ein bares Darlehn von 3900 ℳ, verzinslich zu 5% seit diesem Tage, erhalten zu haben. Auf Grund dieses Schuldscheines erwirkte K. für die genannte Hauptsumme nebst Accessorien gegen B. beim Amtsgerichte zu Saarburg unterm 4. September 1882 einen Zahlungsbefehl und unterm 27. dess. Mon. einen rechtskräftig gewordenen Vollstreckungsbefehl und nahm am 13. Oktober 1882 gegen ihn Generalinskription.

Es lasteten aber auf der Weiermühle nebst Zubehör mehrere bereits vor dem Akte vom 11. Juni 1882 eingetragene Hypotheken, und auf Betreiben eines dieser voreingetragenen Hypothekargläubiger wurde die Mühle gegen P. als Schuldner und gegen B. als Drittbesitzer am 11. Januar 1884 vor dem Amtsgerichte zu Saarburg subhastiert und zum Preise von 1105 ℳ an Dritte zugeschlagen. In dem über diesen Kaufpreis stattgefundenen Kollokationsverfahren hat B., nachdem er sich über diesen Punkt vorher mit K. verständigt hatte, eine Forderung auf Grund des angeblich auf ihn übergegangenen Kaufpreisprivilegiums der Eheleute C. (Akt vom 26. Mai 1879) angemeldet und die Summe von 1069,50 ℳ ausgezahlt erhalten. B. behauptet nun, daß er, abgesehen von diesen 1069,50 ℳ, aus dem Vollstreckungsbefehle vom 27. September 1882 nichts mehr verschulde. Das Kaufobjekt aus dem Vertrage vom 11. Juni 1882 sei ihm bis auf obige Summe durch die Subhastation entwährt worden; er schulde aus dem Kaufvertrage dem Cessionar K. nicht mehr als er seinem Verkäufer P. schulden würde, welcher ihm für die Entwährung aufkommen müsse. Die Novation der Kaufpreisschuld in eine Darlehnsschuld habe hieran nichts geändert; die eigentliche causa des Darlehns sei die Kaufpreisschuld, und wenn er keinen Kaufpreis schulde, so schulde er auch das Darlehn nicht. Obgleich der Vollstreckungsbefehl längst rechtskräftig sei, könne er doch seine Schuld aus demselben anfechten, weil die Thatsache der

Entwährung erst *nach* der Rechtskraft des Vollstreckungsbefehles eingetreten sei (§. 686 C.P.O.).

Gestützt auf diese Gründe hat B. beim Landgerichte zu Trier gegen K. Klage erhoben mit dem Antrage, festzustellen, daß Kläger aus dem Zahlungs- bezw. Vollstreckungsbefehle des Amtsgerichtes zu Saarburg vom 4. bezw. 27. September 1882 dem Beklagten, abgesehen von den vorerwähnten 1069,50 *M*, nichts mehr verschulde.

Beide Vorinstanzen haben diesem Antrage entsprechend erkannt. Die Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Revision stellt auf, daß der Kläger, wenn er auch wegen Entwährung des Kaufobjektes gegen den Cedenten P. einen Entschädigungsanspruch habe, doch dem Cessionar K. gegenüber, welchem zudem ein rechtskräftiges Urteil zur Seite stehe, einen solchen Anspruch nicht erheben könne, und daß, selbst wenn dies an und für sich der Fall sein sollte, jedenfalls die eingetretene Novation des ursprünglichen Schuldverhältnisses die Sachlage dergestalt geändert habe, daß die neu entstandene Darlehnsforderung durch jene Entwährung nicht mehr beeinflußt werde.

Behufs Entscheidung dieser Fragen ist zunächst eine Vorfrage zu beantworten, nämlich, ob die Gewährleistung, welche das Gesetz dem Verkäufer zur Pflicht macht (Artt. 1603. 1626 flg. des Bürgerlichen Gesetzbuches), als eine die Gegenleistung des Kaufpreises *bedingende* Erfüllung des Vertrages anzusehen, ob also der Kaufvertrag, falls hinterher eine Entwährung des Kaufobjektes eintritt, mit der Wirkung als seitens des Verkäufers nicht erfüllt zu betrachten ist, daß die Kaufpreisschuld *hinfällig* wird, oder ob der Eintritt der Entwährung nur einen Entschädigungsanspruch des Käufers erzeugt, welcher erst im Augenblicke der Entwährung entsteht und nur im Wege der Kompensation gegenüber der Kaufpreisforderung geltend gemacht werden kann. Im letzteren Falle würde zweifellos die nach erfolgter und signifizierter Cession des Kaufpreises eingetretene Entwährung des Kaufobjektes nur einen persönlichen Anspruch des Käufers gegen seinen Verkäufer, den Cedenten, nicht aber einen Anspruch gegen den Cessionar erzeugen. Denn der letztere würde mit der Signifikation der Cession zufolge des im Art. 1690 des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgesprochenen Grundsatzes gegen alle Kompensationsansprüche, die der Schuldner nach der Signi-

fikation gegen den Cedenten erworben hätte, geschützt sein (Art. 1295 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches). Im vorliegenden Falle würde also, da die Signifikation der Cession als mit dem Vertrage vom 11. Juni 1882 geschehen zu erachten ist, der Kompensationsanspruch aber erst mit der durch die Subhastation (11. Januar 1884) erfolgten Entwährung entstanden wäre, der Beklagte als Cessionar von dem Entwährungsanspruche nicht berührt werden. Nimmt man dagegen an, daß in der Thatsache der Entwährung eine zurückwirkende Nichterfüllung des Vertrages von seiten des Verkäufers liegt, so ist die Kaufpreisforderung gemäß Art. 1184 a. a. O. als von vornherein mit dem ganzen Vertrage auflösbar anzusehen, und die Thatsache der Entwährung hat dann nur die Bedeutung, daß sie den von Anfang an der Forderung anhaftenden Mangel in die Erscheinung treten läßt und die Handhabe für den richterlichen Ausspruch bildet, daß die Forderung des rechtlichen Grundes entbehrt. Offenbar wird unter dieser Voraussetzung auch die Forderung in der Hand des Cessionars von dem ihr anhaftenden Mangel betroffen, und zwar ohne daß es in dieser Beziehung auf die Signifikation der Cession ankommt; denn der Cedent kann nicht mehr übertragen als er selbst besitzt; überträgt er eine in sich mangelhafte und der Auflösung unterworfene Forderung, so überträgt er sie mit allen ihr anklebenden Eigenschaften.

Vgl. Urteil des Reichsgerichtes vom 2. Februar 1886 in Sachen K. und Gen. gegen de H., abgedruckt im Rheinischen Archiv Bd. 76 Tl. 3. S. 179.

Die Konsequenz dieses Satzes führt weiter dahin, daß der Schuldner, wenn er die Forderung an den Cessionar gezahlt haben sollte und nach der Zahlung die Entwährung eingetreten ist, auch vom Cessionar die Zahlung als eine Nichtschuld kondizieren kann, gerade wie er hierzu dem Cedenten gegenüber befugt sein würde; denn auch der Cessionar hat durch den Eintritt der Entwährung den Rechtsgrund seiner Forderung verloren (Art. 1376 des Bürgerlichen Gesetzbuches). Daraus ergiebt sich zugleich, daß ein vor eingetretener Entwährung in betreff der Kaufpreisforderung ergangenes rechtskräftiges Urteil an dem Eintritte der vorgedachten Wirkungen nichts ändern kann, da dasselbe nur solche Einwendungen des Schuldners gegen die Forderung aus dem Wege zu räumen vermag, welche aus vor dem Urteile liegenden Thatsachen entspringen, wogegen die nach dem Urteile eingetretenen Auf-

hebungsgründe des zu Grunde liegenden Anspruches ihre Wirkung gerade so äußern, als wenn kein Urteil ergangen wäre (§. 686 C.P.O.).

Es muß nun aber davon ausgegangen werden, daß das französische Recht die Gewährleistungspflicht des Verkäufers als eine die Gegenleistung des Preises bedingende Pflicht der Vertragserfüllung ansieht und aus derselben nicht lediglich eine die Gültigkeit des Vertrages selbst unberührt lassende Entschädigungsforderung des Käufers herleitet. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Erfüllung seines Vertrages besteht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche darin, daß er dem Käufer das Eigentum der verkauften Sache überträgt. In diesem Sinne ist die im Art. 1582 a. a. O. gegebene Definition des Kaufvertrages nicht korrekt.

Vgl. Zachariä-Dreyer, Bd. 2 §. 349.

Der Käufer zahlt den Preis, um das Eigentum der Sache zu erlangen. Überträgt ihm der Verkäufer nicht das Eigentum, so erfüllt er seine vertragliche Pflicht nicht und seiner Kaufpreisforderung fehlt, wenn die Entwährung eintritt, die zu ihrem Bestande erforderliche causa. Der Käufer ist berechtigt wegen eingetretener Eviktion die ausdrückliche Aufhebung des ganzen Vertrages gemäß Art. 1184 zu verlangen; er kann aber auch, ohne dies zu thun, mit der Gewährleistungsklage den bereits gezahlten Preis als ein indebitum zurückfordern. Diese schon von Dumoulin und Pothier vertretene Theorie ist von dem Bürgerlichen Gesetzbuche, wie aus einzelnen Bestimmungen desselben hervorgeht, adoptiert worden, wenngleich anerkannt werden muß, daß dieselbe nicht in allen ihren Konsequenzen im Gesetze durchgeführt worden ist. Daß in der That der Eviktionsanspruch des Käufers nicht als eine bloße Schadensersatzforderung angesehen werden könne, ergiebt sich schon aus dem Art. 1629 a. a. O., welcher bestimmt, daß der Kaufpreis selbst in dem Falle zurückgegeben werden muß, wenn die Kontrahenten durch besondere Verabredung jede Gewährleistungspflicht des Verkäufers ausgeschlossen haben. Der Gedanke des Gesetzes ist hiernach offenbar, daß der Verkäufer im Falle der Eviktion seinen Anspruch auf den Kaufpreis überhaupt verloren habe, weil die Gegenleistung fehlt. In diesem Sinne ist auch der Art. 1630 zu verstehen, wenn er bestimmt, daß bei eintretender Eviktion, falls die Gewährleistung nicht ausgeschlossen ist, der Käufer die Rückgabe des Preises und außerdem Schadensersatz fordern kann. Der Preis muß zurückgegeben werden,

weil die Forderung rückwärts hinfällig geworden ist, der Anspruch auf Schadensersatz dagegen bildet eine persönliche, mit der Eviktion erst ins Leben tretende Forderung der Käufers gegen seinen Verkäufer. Dasselbe Prinzip bezüglich des Kaufpreises ist im Art. 1631 zu erkennen, durch welchen auch in dem Falle, wo zur Zeit der Entwährung die verkaufte Sache entweder durch Nachlässigkeit des Käufers oder durch höhere Gewalt in ihrem Werte verringert ist, der Verkäufer nichtsdestoweniger für verpflichtet erklärt wird, den vollen Kaufpreis zurückzuzahlen. Hätte das Gesetz dem Käufer auch bezüglich des Kaufpreises nur einen mit der Eviktion entstehenden Entschädigungsanspruch zuerkennen wollen, so würde die Konsequenz nur dahin haben führen können, den Käufer als den Eigentümer der Sache den Schaden tragen zu lassen, welcher vor der Entwährung durch die erwähnte Verminderung des Wertes der Sache entstanden sein möchte. Nach derselben Richtung hin lassen sich einzelne Bestimmungen der Artt. 1636. 1637 über die Folgen einer teilweisen Entwährung verwerten, welche jedoch zugleich erkennen lassen, daß das Gesetz den nach Vorstehendem angenommenen Grundsatz bei der Anwendung im einzelnen nicht mit aller Schärfe durchgeführt hat.

Vgl. Laurent, Bd. 24 Nr. 234. 238. 250; Duranton, Bd. 16 Nr. 250; Zachariä-Dreyer, Bd. 2 §. 355 S. 501. 502 und Note 12.

Demnach ist als zutreffend anzuerkennen, daß der Kläger berechtigt gewesen wäre, dem Beklagten als Cessionar der Kaufpreisforderung die Einrede entgegenzusetzen, daß er wegen der Entwährung, abgesehen von den aus der Kollokation P. empfangenen 1069,50 ℳ, keinen Kaufpreis mehr verschulde.

Bei der ferner zu beantwortenden Frage, ob die nach der thatsächlichen Feststellung des Berufungsrichters erfolgte Umwandelung der Kaufpreisschuld in eine Darlehnsschuld an dem vorstehend gewonnenen Resultate etwas geändert habe, ist zunächst die weitere für den Revisionsrichter maßgebende Feststellung des Berufungsrichters zu berücksichtigen, daß die Parteien bezüglich der in Rede stehenden Mangelhaftigkeit der Kaufpreisforderung nichts Besonderes vereinbart haben, daß insbesondere der Kläger nicht verzichtet hat auf die Voraussetzung, daß ihm das Kaufobjekt durch Ansprüche dritter Personen nicht entzogen werde. Bei dieser Grundlage kann die fernere Annahme des Berufungsrichters, daß auch die novierte Forderung hinfällig erscheine, weil der

ursprünglichen Forderung durch die Entwährung des Kaufobjektes die causa entzogen sei, nicht für rechtsirrtümlich erachtet werden. Es ist anerkannt Rechtens, daß die Gültigkeit einer Novation abhängig ist von dem Vorhandensein einer gültigen Forderung.

Vgl. Art. 1271 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches; Zachariä-Dreyer, Bd. 2 §. 323.

Dieser Satz führt zu der weiteren Folgerung, daß eine mit einem solchen Mangel behaftete Forderung, welcher zur Vernichtung oder Ungültigkeitserklärung der Forderung führen kann, in Ansehung der Gültigkeit der Novation ebenso zu behandeln ist, als wenn von vornherein keine Forderung bestanden hätte, sofern jener Mangel wirklich zur Hinfälligkeit der Forderung führt. Insbesondere gilt dies von bedingten Forderungen.

Vgl. Laurent, Bd. 18 Nr. 249.

Im vorliegenden Falle erscheint nach obigem die Auffassung gerechtfertigt, daß die Kaufpreisforderung durch den Eintritt der Entwährung resolutiv bedingt war,

vgl. Duranton, a. a. O.; Laurent, Bd. 24 Nr. 234,

und daß, da die Resolutivbedingung eingetreten ist, die novierte Forderung ebensowohl des Rechtsgrundes entbehrt, wie die ursprüngliche Forderung. Daß an diesem Resultate durch das vom Beklagten erwirkte rechtskräftige Urteil nichts geändert werden konnte, ist bereits oben ausgeführt."

---

71. Ist die rheinische Urteilshypothek nach §. 23 Nr. 2 der Konkursordnung anfechtbar?

II. Civilsenat. Urt. v. 29. April 1887 i. S. Konkursmasse B. (Kl.) w. P. & Schw. (Bekl.) Rep. II. 432/86.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 25 S. 134 abgedruckt.

---

72. Kann der Bauunternehmer, welcher wegen vertragswidriger Beschaffenheit des gegen einen Gesamtpreis übernommenen Gebäudes auf Schadensersatz statt der Erfüllung belangt ist, verurteilt werden, die zur Beseitigung der wesentlichen Mängel erforderlichen, noch nicht aufgewendeten Kosten neben dem noch verbleibenden Minderwerte zu erstatten?

Inwiefern ist der Richter bei Abschätzung des Schadens beschränkt?

B.G.B. Artt. 1142. 1146. 1149.
C.P.O. §. 260.

II. Civilsenat. Urt. v. 29. April 1887 i. S. B. (Kl. u. Widerbekl.) w. B. (Bekl. u. Widerkl.) Rep. II. 1/87.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Kläger hat die Ausführung eines Hauses nach einem festgesetzten Plane und gegen einen Gesamtpreis übernommen und begehrt mit der Klage Zahlung der Bausumme. Beklagter erwidert, das Haus entspreche nicht dem Plane, und Kläger habe die Aufforderung zur vollständigen Erfüllung des Vertrages unbeachtet gelassen; die vertragsmäßige Herstellung sei ohne vollständigen Umbau überhaupt nicht mehr ausführbar. Er begehrt daher widerklagend die Erstattung der Kosten, welche erforderlich sind, um das Haus in einen bewohnbaren Zustand zu versetzen, und Ersatz des nach den baulichen Veränderungen noch verbleibenden Minderwertes. Das Berufungsurteil, welches der Widerklage stattgiebt, ist aufgehoben.

Aus den Gründen:

„Die Ausführung der Revision, dem Kläger und Widerbeklagten stehe noch immer die Befugnis zu, die Reparaturen an dem Hause selbst vorzunehmen, und dieselbe habe ihm in dem Tenor des Urteiles vorbehalten werden müssen, kann als zutreffend nicht anerkannt werden. Wie festgestellt wird, hat der Bauherr durch Gerichtsvollzieherakt den Unternehmer unter Androhung der Schadensersatzklage zur vertragsmäßigen Herstellung des Hauses aufgefordert. Durch die Nichtbeachtung dieser Aufforderung hat er gemäß Art. 1142 des Bürgerlichen Gesetzbuches das Recht erlangt, Schadensersatz statt der Erfüllung

zu begehren, während für den säumigen Unternehmer das Recht auf nachträgliche Erfüllung verwirkt war.

Dagegen entbehrt das angefochtene Urteil bezüglich der Höhe des zugesprochenen Schadens der genügenden Begründung. Die Festsetzung ist zwar gemäß §. 260 C.P.O. dem freien richterlichen Ermessen anheimgestellt, demungeachtet unterliegt dieselbe der Revision, wenn die Gründe erkennen lassen, daß der Richter bei der Schätzung den Rechtsbegriff eines vorhandenen Schadens nicht richtig erkannt habe. Die Widerklage ist nicht auf Vertragserfüllung durch ordnungsmäßige Herstellung des Hauses gerichtet, und Widerkläger verlangt nicht etwa auf Grund von §. 773 C.P.O. von dem Widerbeklagten einen Kostenvorschuß zu diesem Zwecke, sondern es handelt sich nur um Schadensersatz statt Erfüllung.

Der von dem Berufungsrichter zuerkannte Ersatzanspruch setzt sich nun aus folgenden Beträgen zusammen:

1. dem Kostenaufwande, welcher zur Beseitigung der dem Unternehmer anzurechnenden Fehler erforderlich ist;

2. dem alsdann noch verbleibenden Minderwerte;

3. den durch die vorzunehmende Reparatur bedingten Auslagen und Schäden;

4. den Zinsen dieser sämtlichen Beträge seit Erhebung der Widerklage.

Mit Recht geht der Berufungsrichter davon aus, daß der zuzusprechende Ersatz das ganze Interesse des Bauherrn an der Vertragserfüllung in sich begreift (Artt. 1146. 1149 des Bürgerlichen Gesetzbuches). Es ist auch grundsätzlich nicht ausgeschlossen, diejenigen Kosten, welche zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes erfordert werden aber noch nicht verwendet sind, als einen schon jetzt vorhandenen und sofort zu ersetzenden Schaden anzusehen, und insoweit wird an der Begründung der Entscheidung dieses Senates vom 27. April 1880,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1. S. 413,

festgehalten; unter allen Umständen aber darf der zugesprochene Ersatz den wirklichen Schaden nicht übersteigen und den Beschädigten nicht auf Kosten des Unternehmers bereichern. Daß der Richter sich dieser seinem Ermessen gezogenen Grenzen bewußt gewesen sei, und daß er

dieselben nicht überschritten habe, lassen die Entscheidungsgründe nicht erkennen.

Der Berufungsrichter bezeichnet den zur Beseitigung der vorhandenen Mängel erforderlichen Kostenaufwand als einen jetzt schon vorhandenen Schaden und verurteilt den Unternehmer, denselben nebst den Zinsen seit Erhebung der Widerklage sofort zu bezahlen, indem er sich lediglich auf die bezogene reichsgerichtliche Entscheidung beruft, welche allerdings in ihrer allgemeinen Fassung zu Mißverständnissen führen konnte. Nach dem Urteile soll Widerkläger den Betrag von 6667 ℳ mit Zinsen zur völlig freien und beliebigen Verwendung erhalten; er könnte daher die Reparaturen ganz unterlassen oder dieselben nur teilweise ausführen; die Annahme aber, daß er dadurch mehr erhalten würde, als den von ihm nach dem Gesetze zu beanspruchenden Ersatz des Schadens, wird durch die Begründung des Urteiles nicht ausgeschlossen. Daß nämlich Widerkläger zur wirklichen Verwendung des ihm für die Reparaturen zugebilligten Betrages genötigt sei, entweder, weil dieselben zur Vermeidung größeren Schadens oder des völligen Einsturzes unbedingt erforderlich sind, oder weil Widerkläger den baupolizeilichen Bestimmungen gemäß zu den baulichen Veränderungen verpflichtet sei, scheint zwar von den Sachverständigen angenommen, das Berufungsurteil läßt aber eine dahingehende Feststellung vermissen. Ebenso fehlt es an der, bei der früheren reichsgerichtlichen Entscheidung als thatsächlich vorhanden vorausgesetzten Feststellung, daß die als Entschädigung zugebilligte Summe den Wertunterschied zwischen dem vertragsmäßig ausgeführten und dem überlieferten mangelhaften Gebäude nicht übersteige. Es bedurfte aber jedenfalls der einen oder der anderen Feststellung, um die Annahme zu begründen, daß die Summe der einzelnen Posten der Schätzung innerhalb der Grenzen des zur Zeit vorhandenen Entschädigungsanspruches geblieben sei, und mit Zinsen zuerkannt werden dürfe.

Hiernach erschien es geboten, die Sache unter Vorbehalt der Entscheidung über die Kosten an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

73. 1. Ist nach den Grundsätzen des rheinisch-französischen Rechtes der Bahnkörper einer Privateisenbahn als eine dem Verkehre entzogene Sache — res extra commercium — anzusehen?

2. Steht den nicht befriedigten Eigentümern von Grundstücken, welche der unten bezeichneten Eisenbahnaktiengesellschaft zum Zwecke der Anlage des Bahnkörpers verkauft, bezw. unter Vorbehalt der späteren Wertfestsetzung überlassen worden sind, nachdem infolge der im März 1874 eingetretenen Falliterklärung der Gesellschaft die öffentliche Versteigerung des ganzen beweglichen und unbeweglichen Vermögens derselben stattgefunden hat, an dem ratirlichen Teile des Steigerlöses das Vorzugsrecht aus Art. 2103 Nr. 1 Code civil zu?

3. Ist das namentlich auch in Ansehung solcher Grundstücke der Fall, welche unter Herrschaft des Expropriationsgesetzes vom 8. März 1810 enteignet worden sind?

II. Civilsenat. Urt. v. 20. Mai 1887 i. S. B. defin. Syndik. des Fallitments der Aktiengesellschaft Crefeld Kreis Kempener Industriebahn (Kl.) w. Sch. u. Gen. (Bekl.) Rep. II. 30/87.

I. Landgericht Düsseldorf.
II. Oberlandesgericht Köln.

Die angestellte Klage, welche vom ersten Richter zugesprochen war, hat das Oberlandesgericht abgewiesen, und die gegen dessen Entscheidung eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„I. 1. Mit Recht ist zunächst die Annahme des ersten Richters, daß die Grundstücke der Beklagten mit der Einverleibung in den Bahnkörper Zubehörungen des domaine public geworden und damit extra commercium getreten seien, vom Oberlandesgerichte als unhaltbar zurückgewiesen worden.

Dem hier maßgebenden preußischen Gesetze vom 3. November 1838, nach welchem konzessionierte Privataktiengesellschaften unter staatlicher Genehmigung und Aufsicht den Bau und Betrieb von Eisenbahnen für ihre Rechnung ausführen, ist die Anschauung, daß eine solche Eisenbahn öffentliches Eigentum und dem Privatrechtsverkehre entzogen sei, fremd. Namentlich kann auch, wenn-

gleich die Eisenbahnen in gewissem Sinne als öffentliche Straßen anzusehen sind, der vom ersten Richter angerufene Art. 538 Code civil, welcher die vom Staate zu unterhaltenden Straßen als Gegenstände des öffentlichen Eigentumes (domaine public) bezeichnet, auf Eisenbahnen solcher Gesellschaften unter Herrschaft des genannten Gesetzes keine Anwendung finden.

Von französischen Schriftstellern, sowie vom Kassationshofe zu Paris (Sirey, Bd. 61 Nr. 1 S. 888) ist allerdings angenommen worden, daß auch die von konzessionierten Privatgesellschaften betriebenen Eisenbahnen dem domaine public zuzuzählen sind, indes diese Annahme stützt sich auf das hier nicht in Betracht kommende französische Gesetz vom 15. Juli 1845 sur la police des chemins de fer, dessen Art. 1 les chemins de fer construits ou concédés par l'état comme faisant partie de la grande voirie gleichstellt.

Vgl. Sirey, Code annoté ad Art. 538 Nr. 21; Aubry und Rau, Bd. 2 S. 40 Not. 10; Laurent, Bd. 6 Nr. 29 flg.

Was namentlich die Veräußerlichkeit der Eisenbahnen von Privatgesellschaften betrifft, so hat schon das Oberlandesgericht die Vorschrift des §. 47 des bezogenen preußischen Gesetzes vom 3. November 1838 hervorgehoben, und anlangend die hier speziell in Frage stehende Bahn, so kann auf den §. 3 des Privilegiums vom 28. August 1871 (preuß. G.S. S. 397) hingewiesen werden, wonach „den Inhabern der auszugebenden Obligationen in Ansehung der der Gesellschaft zugehörigen Bahnstrecken und deren Betriebsmittel ein unbedingtes Vorzugsrecht vor den Inhabern der Stammaktien eingeräumt und weiter bestimmt wird, daß eine Veräußerung der zum Bahnkörper und zu den Bahnhöfen der Gesellschaft gehörigen Grundstücke so lange unstatthaft ist, als diese Prioritätsobligationen nicht eingelöst sind, oder deren Einlösungsbetrag nicht gerichtlich deponiert ist". Im vorliegenden Falle hat denn auch im Laufe des Fallimentsverfahrens der Verkauf der Bahn mit allem Zubehöre derselben stattgefunden.

2. Allerdings ist nun das Eigentum, welches den Privateisenbahngesellschaften, wie an ihrem übrigen Vermögen, so auch an dem Bahnkörper zusteht, mit Rücksicht darauf, daß letzterer die Unterlage eines öffentlichen Schienenweges bildet und diesem Zwecke dauernd zu dienen bestimmt ist, nicht ein freies, vielmehr den aus dieser Bestimmung sich ergebenden Beschränkungen unterworfen. Das Be-

stehen der letzteren hat aber nicht die Wirkung, den Bahnkörper zu einer res extra commercium im rechtlichen Sinne zu machen,

vgl. Aubry und Rau, Bd. 2 §. 171; Laurent, Bd. 6 Nr. 2,

ist vielmehr, wie auch das Oberlandesgericht betont, vom Gesichtspunkte einer durch den thatsächlichen Zustand bedingten Beschränkung der Verkehrsfähigkeit aufzufassen.

Vgl. Art. 537 Abs. 1 Code civil; Windscheid, Pandekten §. 147 a. E.

Hat hiernach das frühere Urteil des Senates,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 333,

welches die hier in Rede stehende Bahn betrifft, mit Recht angenommen, daß von den Verkäufern der dem Bahnkörper einverleibten Grundstücke eine Auflösungsklage mit dem Anspruche auf Rückgabe derselben nicht mehr geltend gemacht werden könne, so ist doch dort zu weit gegangen, wenn diese Annahme auf die Eigenschaft des Bahnkörpers als einer res extra commercium unter Heranziehung des Art. 538 Code civil gestützt worden, was vielmehr dem Vorstehenden gemäß zu berichtigen ist.

3. Daß aber rechtlich kein Grund vorliegt, an die hier eingetretene Undurchführbarkeit des droit de suite auch den Untergang des den Verkäufern gesetzlich zustehenden Kaufpreisprivilegs — des droit de préférence — zu knüpfen, darin ist dem Oberlandesgerichte ebenfalls beizupflichten. Letzteres, zu dessen Sicherung und Realisierung das droit de suite dient, ist von demselben begrifflich unabhängig und besteht nach gesetzlicher Vorschrift — abgesehen von der Bestimmung des Art. 2198 Code civil — in einer Reihe von Fällen auch nach dem Erlöschen des droit de suite fort.

Vgl. Aubry und Rau, Bd. 3 S. 405.

Die Revisionskläger haben zwar wiederholt eine abweichende Anschauung geltend gemacht, eine nähere Begründung derselben zu geben aber unterlassen, sodaß es eines weiteren Eingehens hier nicht bedarf.

II. 1. Was sodann die Ausführung des Oberlandesgerichtes bezüglich der Kaufpreisprivilegien der einzelnen Beklagten betrifft, so konnte zunächst das Berufungsurteil für die Kategorie von Fällen, in welchen die Grundstücke thatsächlich an die Eisenbahngesellschaft abgetreten und demnächst mangels Einigung über den Preis die gerichtliche Wertfestsetzung erwirkt worden, ohne Gesetzesverletzung ein Kaufgeschäft annehmen, und durch die Inskription der näher bezeichneten Urteile das Privileg als gewahrt erachten. Der Angriff, welcher

hier allein erhoben wird und auf die Behauptung sich stützt, daß der Kauf begrifflich einen zwischen den Kontrahenten vereinbarten Preis voraussetze, erscheint nicht begründet, da anerkanntermaßen auch nach den hier maßgebenden Grundsätzen des rheinisch-französischen Rechtes dem nichts entgegensteht, daß die Bestimmung des Kaufpreises von den Kontrahenten einem Dritten überlassen wird, namentlich auch durch das Gutachten gewählter Sachverständiger erfolgt.

Vgl. Zachariä-Dreyer, Bd. 2 S. 475/76; Aubry und Rau, Bd. 4 S. 337.

2. Das Oberlandesgericht hat nun ferner für die Fälle, in welchen die Durchführung des Expropriationsverfahrens stattgefunden hat, das Kaufpreisprivileg der betreffenden Beklagten — ohne näher eingehende Erörterung — anerkannt. Es steht daher nun zu prüfen, ob durch diese Anerkennung, wie von den Revisionsklägern geltend gemacht wird, die Vorschriften des Expropriationsgesetzes vom 8. März 1810, unter dessen Herrschaft die Enteignung geschehen ist, bezw. die Bestimmungen des Code civil über den Kauf verletzt worden sind.

Was zunächst das erstgenannte Gesetz angeht, so ist in dem Exposé des motifs des Staatsrates,

vgl. Berlier-Locré, Bd. 20 S. 733,

welches die Grundprinzipien desselben darlegt, der Gesichtspunkt des gezwungenen Verkaufes „c'est bien assez, qu'il — l'état — puisse contraindre un citoyen, de lui vendre son héritage" zum Ausdrucke gebracht.

Vgl. Locré, zu Art. 545 Code civil Bd. 8 S. 156 Nr. 8.

Das Gesetz selbst spricht in Artt. 5. 8. 12 von der cession des terrains, des propriétés und in Art. 11 von dem prix des fonds à céder,

vgl. Locré, Bd. 9 S. 738,

eine Ausdrucksweise, welche mit dem hervorgehobenen Gesichtspunkte, durchaus im Einklange steht. Wenn dagegen nun von den Revisionsklägern betont wird, daß in dem Gesetze technisch nur von Expropriation und der zu leistenden Entschädigung — indemnité — nicht aber von einem Verkaufe und dem Preise die Rede sei, so würde dieses Argument an sich schon, namentlich dem Angeführten gegenüber, keine irgend erhebliche Bedeutung haben; es ist dabei aber auch, was die Bezeichnung „indemnité" betrifft, übersehen, daß letztere nicht bloß den

dem Eigentümer zu zahlenden Wertbetrag, sondern auch die den dinglich Berechtigten, Pächtern ꝛc zustehende Schadloshaltung begreift. Auch die Instruktion des preußischen Staatsministeriums vom 23. Juli 1821,

vgl. Lottner, Sammlung Bd. 2 S. 210 flg.,

welche zur Ausführung des genannten Gesetzes erlassen ist, faßt a. a. O. S. 223 den Staat als Käufer auf, welcher alle Schritte thun müsse, um das erworbene Eigentum von allen Lasten zu reinigen und gegen die Ansprüche Dritter sicher zu stellen. Übereinstimmend nehmen Bessel und Kühlwetter (Preußisches Eisenbahnrecht Bd. 1 S. 106) als Prinzip an, daß die Expropriation ein, wenn auch erzwungenes, doch wirkliches, beiden Teilen Rechte gebendes Kaufgeschäft darstellt. Daß Entscheidungen rheinischer Gerichte respektive des vormaligen preußischen Obertribunales über die vorliegende Frage sich nicht finden, hat ersichtlich seinen Grund darin, daß der Expropriierte, welcher gesetzlich nur zur Abtretung verpflichtet war, nachdem die — wenigstens vorläufig — festgesetzte Entschädigungssumme gezahlt oder doch hinterlegt worden, praktisch kaum je in der Lage sich befand, von einem Privileg Gebrauch zu machen, und erst ein Fall so exzeptioneller Natur, wie der vorliegende, kommen mußte, um die Frage des Privileges zur Erörterung zu bringen. Nach Vorstehendem läßt sich nun aus dem besprochenen Gesetze eine Unterstützung des Rechtsmittels nicht herleiten, und es kann deshalb auch die Frage der Revisibilität dieses mit dem Inkrafttreten des preußischen Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 aufgehobenen Gesetzes dahingestellt bleiben.

Aber auch die bezüglichen Vorschriften des Code civil sind durch die Annahme, daß, soweit nicht das Expropriationsgesetz etwas besonderes bestimmt, das Rechtsverhältnis, welches zwischen den hier in Betracht kommenden Beklagten und der klagenden Eisenbahngesellschaft besteht, nach den Grundsätzen über den Kauf zu beurteilen sei, nicht verletzt worden. Von den Revisionsklägern wird zwar geltend gemacht, daß der Kauf die freie Willensbestimmung der Kontrahenten voraussetze, während die Enteignung auf gesetzlichem Zwange beruhe, daß letztere auch, was die Verpflichtung zur Gewährleistung, das Einstehen für heimliche Mängel, sowie das Erlöschen der dinglichen Lasten angehe, ganz andere rechtliche Wirkungen als der Kauf habe, daher nur eine grundsätzliche Verschiedenheit beider anzunehmen sei. Dem kann aber nicht beigepflichtet werden.

Der Umstand, daß das Gesetz bei der Expropriation den Willen des Eigentümers zwingend bestimmt, hat auf den Charakter des hier streitigen Rechtsverhältnisses keinen Einfluß, und es ist die Sache grundsätzlich nicht anders zu beurteilen, als wenn es sich um eine durch Vertrag, Testament oder Richterspruch begründete Verpflichtung zu verkaufen handelte.

Vgl. Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 9 S. 79 flg.

Daß die Verbindlichkeit zur Gewährleistung wegfällt, kann auch beim Kaufe vorkommen, namentlich von den Kontrahenten vertraglich bestimmt werden (Art. 1627 Code civil). Die Nichthaftung für heimliche Mängel hat die Expropriation mit den unter Auktorität der Justiz stattfindenden Verkäufen gemein (Art. 1649 a. a. O.), und ein Erlöschen der Hypotheken und Privilegien findet, wie bei derselben so auch bei der Zwangsversteigerung von Immobilien, statt. Aus vorstehendem ergiebt sich, daß die Besonderheiten, welche bei der Expropriation eintreten, nicht geeignet sind, derselben den wesentlichen Charakter des Kaufes, Eigentumsübertragung einer Sache gegen Geld, Austausch von Sache und Preis, zu entziehen. Hiernach erscheinen die Angriffe der Revisionskläger unbegründet. Schließlich mag noch bemerkt werden, daß auch das A.L.R. I. 11 §§. 3–5. 8. 10 die Expropriation als einen notwendigen Verkauf auffaßt, und nach der in Rechtslehre und Judikatur überwiegenden Annahme das gegenwärtig geltende Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 eine abweichende Auffassung nicht begründet.[1]

Vgl. Löbell, Enteignungsgesetz S. 16 flg.; Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht Bd. 2 S 135 flg."

---

74. 1. Kann nach französischem und badischem Rechte eine Inhaberhypothek bestellt werden?
2. Zur Auslegung des L.R.S. 1188.

II. Civilsenat. Urt. v. 3. Juni 1887 i. S. W. (Kl.) w. E. (Bekl.) Rep. II. 16/87.

I. Landgericht Karlsruhe.
II. Oberlandesgericht daselbst.

[1] Vgl. aber auch Bd. 12 Nr. 120 S. 405. D. R.

In Karlsruhe hatte sich ein geselliger Verein unter dem Namen „Eintracht" gebildet. Dieser gab unter dem 24. September 1838 behufs Aufnahme eines Kapitales von 105 000 fl., dessen er zur Beschaffung geeigneter Gesellschaftsräume bedurfte, 1400 Partialobligationen aus, und zwar 700 Stück à 100 fl. und 700 Stück à 50 fl., welche auf den Inhaber gestellt wurden und mit Zinskoupons versehen sind. Nach Ziff. 7 der Anlehensbedingungen wurde zur Sicherheit des Gesamtkapitales als Spezialhypothek das dreistöckige Gesellschaftshaus nebst Garten eingesetzt. Bezüglich der Heimzahlung der Obligationen ist unter Ziff. 6 der Bedingungen bestimmt, daß die Inhaber die Ablösung des Kapitales nur dann verlangen können, wenn die Zinsen nicht mehr pünktlich bezahlt werden.

In der Folge hat sich die Gesellschaft „Eintracht" zu einer eingetragenen Genossenschaft umgebildet, welche die Verbindlichkeiten aus der Darlehnsaufnahme übernahm. Im Jahre 1873 hat diese Genossenschaft im Wege des Aufforderungsverfahrens gemäß §§. 684 flg. der badischen Prozeßordnung infolge ergangenen richterlichen Erkenntnisses den Strich der erwähnten Spezialhypothek, bezw. des im Pfandbuche vorhandenen Eintrages bewirkt.

Die von dem Kläger als Besitzer der Partialobligation Lit. A Nr. 25 über 100 fl. erhobene Klage enthält nun die Behauptung, daß das zur Erwirkung des Pfandstriches eingehaltene Verfahren den thatsächlichen Verhältnissen, wie den gesetzlichen Bestimmungen nicht entsprochen habe, daß durch die auf Antrag der Schuldnerin erfolgte Ausstreichung des Pfandeintrages eine vertragsmäßige Sicherheit beseitigt worden sei, und daß deshalb entweder nach L.R.S. 1188 die sofortige Ablösung des Kapitales verlangt werden könne, oder das Begehren auf Unwirksamerklärung des Pfandstriches für gerechtfertigt erachtet werden müsse. Es werde daher, da dem Kläger die Einlösung der oben bezeichneten Partialobligation verweigert worden sei, der Antrag gestellt, durch Urteil auszusprechen:

entweder, die beklagte Gesellschaft sei schuldig, den Betrag der Partialobligation Lit. A Nr. 25 mit 171,43 ℳ nebst fälligem Zins an den Kläger zu bezahlen;

oder, die beklagte Gesellschaft habe anzuerkennen, daß der im Jahre 1873 vollzogene Strich des im Jahre 1838 bedungenen und

eingetragenen Pfandrechtes bis zum Betrage der klägerischen Forderung unwirksam sei.

Die Beklagte, welche die Abweisung der Klage beantragte, machte zunächst geltend, daß die Pfandrechtsbestellung von Anfang an keine Rechtswirkung gehabt habe, da dem Vereine die Eigenschaft einer juristischen Persönlichkeit abgegangen sei, und es auch sonst dem Eintrage an wesentlichen Voraussetzungen einer gültigen Unterpfandsbestellung gefehlt habe. Die seitherige und künftige Einlösung der Obligationen sei lediglich als eine Vertrauens- und Ehrensache der jeweiligen Vereinsmitglieder zu betrachten. In zweiter Reihe behauptete die Beklagte, unter Vorlage der amtsgerichtlichen Akten über das Aufforderungsverfahren, die Rechtsgültigkeit des erfolgten Pfandstriches.

Zugleich erhob die Beklagte, da Kläger für 2000 fl. Obligationen des Vereines besitzt, um das gesamte Rechtsverhältnis dem Kläger gegenüber festzustellen, Widerklage mit dem Antrage auf Urteil dahin:

der Kläger sei schuldig, „anzuerkennen", daß er lediglich nach Maßgabe der ursprünglichen Bedingungen die Heimzahlung der in seinem Besitze befindlichen Obligationen begehren könne.

Der Kläger bestritt das rechtliche Interesse an Erhebung der Widerklage, mit dem Antrage auf Abweisung derselben.

Das Landgericht in Karlsruhe hat die Klage abgewiesen und dem Widerklagantrage entsprochen.

Mit der vom Kläger eingelegten Berufung hat derselbe beantragt, das landgerichtliche Urteil dahin abzuändern:

die Beklagte ist schuldig, an den Kläger den Betrag der Partialobligation Lit. A Nr. 25 mit 171,43 ℳ nebst Zinsen zu bezahlen, wird mit der erhobenen Widerklage abgewiesen und hat die Kosten beider Instanzen zu tragen.

Namens der Beklagten wurde die Bestätigung des angegriffenen Urteiles beantragt und diesem letzteren Antrage hat das Oberlandesgericht entsprochen.

Die Abweisung der Klage wird aus zwei Gründen für gerechtfertigt erklärt:

1. weil ein wirksames Pfandrecht überhaupt nicht bestanden habe, und
2. weil hierfür eine rechtskräftige Entscheidung vorliege.

Das Reichsgericht hat den letzteren Grund für nicht haltbar erklärt, die Revision des Klägers jedoch zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Was den obigen ersten Grund anlangt, so beruht dieser nicht auf der Annahme der Unfähigkeit des früheren Vereines zur Bestellung einer Hypothek. Das Berufungsgericht spricht sich vielmehr in seinen Gründen dahin aus, der frühere gesellige Verein „Eintracht", welchem die Rechte einer juristischen Person nicht verliehen waren, sei gleichwohl rechtsfähig gewesen, da er unter einer bestimmten Verfassung gestanden, nach welcher die Vorstandsmitglieder für ihn zu handeln befugt waren, und da zur Sicherung der eingegangenen Verbindlichkeiten ein Gesellschaftsvermögen und überdies die in §. 97 der Statuten verordnete Haftbarkeit aller ordentlichen Mitglieder gedient hätten. Diese Rechtsansicht kann nicht gebilligt werden und findet in den von dem Oberlandesgerichte bezogenen Entscheidungen des Reichsgerichtes keine Stütze, da diese auf dem Boden des gemeinen Rechtes ergangen sind. Daß derartige Personenvereine mit wechselnden Mitgliedern nach den Grundsätzen der rheinisch-französischen Gesetzgebung vielmehr nur dann rechts- und erwerbsfähig sind, wenn ihnen Korporationsrechte verliehen wurden, ist in Rechtslehre und Judikatur anerkannt, auch vom Reichsgerichte wiederholt ausgesprochen worden.

Vgl. Urteil des Reichsgerichtes, II. Civilsenates, in Sachen des Privatfeuerversicherungsvereines des platten Landes zu Krefeld wider Eicker vom 4. März 1887 Rep. II. 344/86.

Auch die badische Gesetzgebung enthält keine diese Vereine betreffenden Normen, noch sonstige für die Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit verwendbare Vorschriften, insbesondere kann das zweite Konstitutionsedikt vom 14. Juli 1807, welches nur von öffentlichen Korporationen handelt, darunter nicht gezählt werden, auch steht der Anerkennung der Rechtsfähigkeit solcher Vereine weder eine gleichmäßige Rechtsprechung, noch eine gewohnheitsrechtliche Rechtsbildung, welche in Baden durch die das Gewohnheitsrecht dem Landrechte gegenüber als selbständige Rechtsquelle außer Wirksamkeit setzenden Vorschriften (I. Einführungsedikt XVII., L.R.S. 6 d und II. Einführungsedikt §. 3) erschwert ist, zur Seite. Konnte aber hiernach von dem Vereine als einem von den physischen Personen der Mitglieder getrennten Rechtssubjekte ein Pfandrecht nicht wirksam bestellt werden, so wäre doch noch die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß sämtliche damalige Mitglieder durch hierzu ermächtigte Organe das Pfandrecht bewilligt haben und zu be-

willigen vermochten, ehe man dasselbe wegen mangelnder Rechtsfähigkeit des Pfandbestellers für ungültig erklären könnte. Dieser Punkt hat aber im Rechtsstreite keine Erörterung gefunden und kann dahingestellt bleiben; denn es ist dem Oberlandesgerichte darin beizutreten, daß auch abgesehen von der Rechtsfähigkeit der Schuldnerin eine gültige Verpfändung nicht stattgefunden hat.

Die erfolgte Pfandverschreibung ist eine reine Inhaberhypothek, und eine solche ist dem französischen und dem badischen Rechte unbekannt. Das Gesetz (Artt. Code civil und L.R.S. 2116. 2117) kennt nur gesetzliche, richterliche und bedungene Unterpfandsrechte, von welchen die beiden ersten zweifellos nicht vorliegen. Das bedungene Unterpfandrecht setzt zu seiner Entstehung einen Vertrag voraus, damit aber einen bestimmten Berechtigten, welcher das vom Eigentümer der Liegenschaft ihm gewährte Pfandrecht ausdrücklich oder stillschweigend angenommen hat. Dagegen sollte im vorliegenden Falle das Forderungsrecht wie das accessorische Pfandrecht durch Herstellung von Partialobligationen geschaffen werden, welche jedem künftigen Inhaber derselben diese Rechte zusprechen, also durch einen einseitigen Akt des Schuldners, vermöge dessen jeder künftige Besitzer des Papieres nicht vermöge der ihm von seinem Vorgänger übertragenen Rechte, sondern als solcher zur Geltendmachung der Forderung und des Pfandrechtes berechtigt sein sollte. Diese Art der Unterpfandsbestellung vermag nach der positiven Gesetzgebung nicht die Wirkungen der Vertragshypothek hervorzubringen, wobei unerörtert bleiben kann, ob in Baden vor dem Gesetze vom 5. Juni 1860 (R.Bl. Nr. 30) Schuldverschreibungen auf den Inhaber von Privaten wirksam ausgestellt und in Umlauf gesetzt werden konnten. Indem das Gesetz einen Vertrag voraussetzt, schreibt es auch für den Eintrag im Pfandbuche die Bezeichnung des Gläubigers in L.R.S. 2148 Nr. 1 (wie in Art. 2148 Nr. 1 Code civil) vor, eine Verordnung, welcher bei der Inhaberhypothek nicht entsprochen werden kann und im vorliegenden Falle nicht entsprochen ist. Ebenso konnte in der Schuld- und Pfandurkunde, deren Errichtung nach badischem Rechte dem Pfandeintrage nachfolgt (§. 26 des II. Einführungsediktes vom 22. Dezember 1809), ein anderer Gläubiger als die künftigen Inhaber der auszugebenden Partialobligationen nicht benannt werden. Von dem Erfordernisse eines bestimmten ersten Berechtigten hängt aber die Möglichkeit ab, gemäß L.R.S. 2157 die

Ausstreichung des Unterpfandes zu erwirken, wie die zur Erlassung der im Vollstreckungsverfahren vorgeschriebenen Bekanntmachungen an die mit eingetragenen Unterpfandsrechten versehenen Gläubiger und die Durchführung des gesetzlich geregelten Entledigungsverfahrens der L.R.S. 2183 flg., durch welches der dritte Erwerber einer verpfändeten Liegenschaft dieselbe von allen darauf ruhenden Vorzugs- und Unterpfandslasten befreien kann.

Der das Pfandrecht bestellende Akt entbehrt daher wesentlicher Voraussetzungen des Gesetzes und war deshalb von Anfang an unwirksam. Hiernach kann aber aus der von der Beklagten herbeigeführten Ausstreichung des bestandenen Pfandeintrages der Verlust der mit der Forderung verbundenen Zeitbestimmung zum Nachteile des Schuldners nicht abgeleitet werden.

Die Revision stellt diesem Einwande den Satz entgegen, daß der Schuldner selbst nicht berechtigt sei, sich auf formelle Mängel des Pfandeintrages dem Gläubiger gegenüber zu berufen. Dies erscheint nicht als zutreffend. Abgesehen davon, daß es sich nach dem Angeführten nicht bloß um den formellen Mangel der fehlenden Bezeichnung des Pfandgläubigers im Eintrage (L.R.S. 2148 Nr. 1) handelt, setzt hier auch nicht der Schuldner einem vom Gläubiger geltend gemachten Pfandrechte diesen Einwand entgegen, vielmehr steht die Wirksamkeit des Pfandrechtes gegenüber Dritten in Frage und wird der Vorwurf erhoben, daß der Schuldner in dieser Beziehung die bestandene Sicherheit beseitigt habe. Dieser Klagebehauptung gegenüber ist aber der Schuldner berechtigt darauf hinzuweisen, daß der Gläubiger eine gegen Dritte wirksame Pfandsicherheit überhaupt nie besessen habe.

In Verbindung hiermit ist sodann weiter geltend gemacht worden, daß L.R.S. 1188 auch den Fall umfasse, wenn die Sicherheit gar nicht geleistet wurde. Der Gläubiger habe alsdann das Recht zu verlangen, daß ihm eine gültige Hypothek bestellt werde, und in dem im Thatbestande erster Instanz bezogenen Schriftsatze vom 20. April 1886 sei die Klage auch damit begründet worden, daß die Darlehen nur gegen die Zusicherung und unter der Voraussetzung unterpfändlicher Sicherstellung auf unbestimmte Zeit und unkündbar hingegeben worden seien; stelle es sich nun heraus, daß die Voraussetzung der unkünd-

baren Hingabe des Darlehns fehle, so könne letzteres zurückgefordert werden.

Hiergegen ist zu bemerken, daß L.R.S. 1188 eine Handlung des Schuldners voraussetzt, durch welche die bestellte Sicherheit vermindert wird, mithin eine wirklich vorhandene Sicherheit unterstellt, ferner daß die Klage nicht auf Ergänzung der Sicherheit, wie solche unter den Voraussetzungen des L.R.S. 2131 gefordert werden kann, gerichtet und ebenso nicht auf die Zusage einer ausreichenden unterpfändlichen Sicherheit seitens des ursprünglichen Schuldners und deren Nichterfüllung (L.R.S. 1184) oder auf einen unter der Voraussetzung einer solchen eingegangenen Darlehnsvertrag und den Nichteintritt dieser Voraussetzung gegründet ist. Der Kläger hat Partialobligationen erworben, in welchen bekundet ist, daß die Schuldnerin für das Gesamtkapital der ausgegebenen Obligationen die ihr gehörige Liegenschaft zum Unterpfande eingesetzt habe. Daß die Gesellschaft dabei die Bestellung einer gültigen unterpfändlichen Sicherheit im allgemeinen zugesagt habe, und daß die Beklagte in diese Verbindlichkeit, nicht bloß in die durch die Darlehnsaufnahme begründete, eingetreten sei, ist keine Behauptung der erhobenen Klage, welche vielmehr von dem ursprünglichen Vorhandensein eines gültigen Pfandrechtes der Inhaber der Partialobligationen ausgegangen ist und deshalb als eventuellen Antrag ein auf Anerkennung der Unwirksamkeit des vollzogenen Pfandstriches gerichtetes Begehren enthalten hatte.

Aus der Unbegründetheit der Klage ergab sich die Berechtigung der auch die übrigen im Besitze des Klägers befindlichen Partialobligationen umfassenden Widerklage, welche die Feststellung bezweckt, daß Kläger lediglich nach Maßgabe der ursprünglichen Darlehnsbedingungen Zahlung begehren könne."

---

75. Unter welchen Voraussetzungen kann nach den Vorschriften des rheinischen Rechtes ein gültiges Handgeschenk (don manuel) erfolgen? Kann insbesondere, soweit es sich um Schenkung von Wertpapieren handelt, die Besitzübertragung in wirksamer Weise dadurch bewirkt werden, daß der Schenkgeber diese Papiere im Namen des Beschenkten bei einer Bank hinterlegt?

Code civil Artt. 894. 931.

II. Civilsenat. Urt. v. 14. Juni 1887 i. S. J. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. II. 37/87.

I. Landgericht Straßburg.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

Der Kläger R., der vom Februar 1885 an mit der damals in Straßburg als Schauspielerin angestellten Beklagten ein Liebesverhältnis unterhielt, hat im Mai 1885 bei einer Straßburger Bank auf deren Namen Wertpapiere im ungefähren Werte von 32 000 ℳ hinterlegt, dagegen die Koupons und vorerst auch die von der Bank ausgestellten Empfangsscheine behalten. Erst später hat er letztere der Beklagten ausgehändigt. Nachdem sich die Parteien getrennt hatten, erhob Kläger Klage auf Feststellung seines Eigentumsrechtes an den Wertpapieren und Herausgabe der Empfangsscheine, welcher vom Landgerichte Straßburg entsprochen wurde. Die Berufung gegen das Urteil erster Instanz wurde vom Oberlandesgerichte verworfen, und die hiergegen eingelegte Revision zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Ausführungen des Berufungsgerichtes erscheinen zwar insofern als unzutreffend, als dargelegt wurde, eine Übertragung des Besitzes der angeblich geschenkten Wertpapiere könne schon deshalb nicht angenommen werden, weil diese Papiere selbst niemals von Hand zu Hand ausgeliefert worden seien, auch sei es rechtlich unmöglich, daß Kläger die Hinterlegung der Papiere namens der Beklagten vorgenommen habe. Ist auch dem Berufungsgerichte darin zuzustimmen, daß zu einem wirksamen Handgeschenke eine wirkliche Übertragung des Besitzes im Sinne des Art. 1141 des Bürgerlichen Gesetzbuches vorausgesetzt wird und eine bloße Erklärung des Schenkgebers, daß er die geschenkten Gegenstände fernerhin für den Beschenkten besitzen wolle, diese Besitzübertragung (Tradition) nicht ersetzen kann, so kann doch nicht zugegeben werden, daß ein Handgeschenk durch Hinterlegung von Wertpapieren für den Beschenkten überhaupt nicht verwirklicht werden könne. Hätte der Kläger in der Absicht, der Beklagten den Besitz an den in Frage stehenden Papieren zu übertragen, diese auf deren Namen bei der Banque de Mulhouse in der Weise hinterlegt, daß dieselbe thatsächlich in der Lage gewesen wäre, über die Papiere frei zu

verfügen, und hätte er insbesondere der Beklagten die auf ihren Namen lautenden Empfangsscheine vorbehaltslos übergeben, so würde dadurch der wirkliche Besitz (possession réelle) an den Papieren auf die Beklagte ebenso übertragen worden sein, wie wenn der Kläger die Papiere der Beklagten übergeben und sie dieselben dann selbst hinterlegt hätte. Die Beklagte wäre dann thatsächlich und rechtlich ebenso in der Lage gewesen, frei über die Papiere zu verfügen, wie wenn sie dieselben selbst aufbewahrt hätte. Eine derartige Hinterlegung hat aber nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen nicht stattgefunden. Vielmehr hat der Kläger bei der Hinterlegung nicht bloß die Kouponsbogen, sondern auch die von der Bank ausgestellten Empfangsbescheinigungen zunächst in seinem Besitze behalten und außerdem den Bankbeamten gegenüber Äußerungen gemacht, aus welchen diese den Schluß zogen, ohne besondere Ermächtigung des Klägers dürften die hinterlegten Wertpapiere der Beklagten auch gegen Aushändigung der Empfangsscheine nicht ausgeliefert werden. Dem gegenüber macht nun zwar die Revisionsklägerin geltend, auf die als rechtsirrtümlich anzusehende Meinung der Bankbeamten, für welche lediglich die Empfangsscheine maßgebend gewesen seien (Art. 1937 des Bürgerlichen Gesetzbuches), könne es nicht ankommen, und die Besitzübertragung sei jedenfalls in dem Augenblicke erfolgt, in welchem die Empfangsscheine der Beklagten vom Kläger ausgehändigt worden seien. Aber es ist nicht nötig, auf diese Einwendungen näher einzugehen, weil es nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen unter allen Umständen an wesentlichen Voraussetzungen eines gültigen Handgeschenkes fehlt, sonach die angefochtene Entscheidung auch dann gerechtfertigt wäre, wenn eine wirkliche und wirksame Übertragung des Besitzes stattgefunden hätte. Daß die Vorschrift des Art. 931 des Bürgerlichen Gesetzbuches, nach welcher eine Schenkung nur durch Notariatsakt geschehen kann, dann keine Anwendung findet, wenn es sich um bewegliche Sachen (res corporales mobiles) handelt, deren Besitz dem Beschenkten vom Schenkgeber selbst (von Hand zu Hand) übertragen wird, ist von der Rechtsprechung jederzeit anerkannt worden. Auch geben die Bedenken, welche der Revisionsbeklagte gegen diese schon früher vom Reichsgerichte in einem Urteile vom 2. Dezember 1879,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 S. 220,

gebilligte Auffassung erhob, keine Veranlassung, von derselben abzugehen.

Damit aber ein solches Handgeschenk angenommen werden kann, muß vor allem feststehen, daß die Übergabe der beweglichen Gegenstände in der Absicht der Schenkung erfolgt ist, d. h. daß der Übergebende die Absicht hatte, sich der in Frage stehenden Gegenstände sofort und unwiderruflich (actuellement et irrevocablement) zum Vorteile des diese Schenkung annehmenden Beschenkten zu begeben (Art. 894 des Bürgerlichen Gesetzbuches). Erfolgt die Besitzübertragung überhaupt nicht in der Absicht der Schenkung, sondern aus einem anderen Grunde, oder will doch derjenige, welcher die beweglichen Sachen einem Anderen überläßt, diesem das Eigentum daran nicht sofort übertragen, sondern sich noch die freie Verfügung über diese Gegenstände vorbehalten, so liegt eine wirksame Schenkung, ungeachtet der erfolgten Besitzübertragung, nicht vor.[1] Im vorliegenden Falle hat nun der erste Richter, dessen Ausführungen das Berufungsgericht durchweg beigetreten ist, festgestellt, der Kläger habe nicht die Absicht gehabt, das Eigentum an den hinterlegten Wertpapieren sofort und ohne weiteres auf die Beklagte zu übertragen, sondern dieser nur unter bestimmten aufschiebenden Bedingungen, welche nicht eingetreten seien, versprochen, ihr 40 000 Frcs. zuzuwenden, und die Hinterlegung der Wertpapiere lediglich zum Zwecke der Sicherstellung dieses bedingten Versprechens vorgenommen. Durch diese Feststellung allein, bezüglich deren nicht zu erkennen ist, daß ihr ein Rechtsirrtum zu Grunde liege, würde aber schon die Zuerkennung der Klage gerechtfertigt, bei der es sich der Sache nach lediglich um die Feststellung handelte, daß ein gültiges Handgeschenk nicht vorliege. Die Revisionsklägerin macht zwar in dieser Beziehung noch geltend, der erste Richter habe ebenso wie das Berufungsgericht übersehen, daß es nicht auf die Zeit der Hinterlegung der Wertpapiere, sondern lediglich auf den Zeitpunkt ankomme, in welcher der Kläger der Beklagten die von der Bank ausgestellten Empfangsbescheinigungen übergeben habe. Aber diese Rüge ist unbegründet; denn der erste Richter hat ausdrücklich festgestellt, auch die Aushändigung der Empfangsscheine an die Beklagte sei nicht in der Absicht erfolgt, derselben nun das Eigentum an den Papieren zu übertragen, sondern es habe dieselbe dadurch

[1] Vgl. hierzu Zachariä-Dreyer, Bd. 4 §. 659 S. 243. 244; Demolombe, Bd. 20 Nr. 57 flg. S. 48 flg.; Laurent, Bd. 12 Nr. 277. 284; Bressoles, Dons manuels S. 142 flg. Nr. 98. 99; Puchelt's Zeitschrift Bd. 12 S. 546 flg., Bd. 13 S. 375, Bd. 15 S. 356. D. E.

lediglich in die Lage versetzt werden sollen, sich, falls eine der Bedingungen, von welchen das Versprechen des Klägers abhängig gemacht worden sei, insbesondere dessen Tod eintrete, den Besitz der Papiere zu verschaffen und den Erben gegenüber ihre Rechte geltend zu machen. Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht, das sich die thatsächlichen Feststellungen des ersten Richters aneignete, die von der Beklagten eingelegte Berufung ohne Rechtsirrtum zurückzuweisen, soweit durch dieselbe die Abweisung der Klage erreicht werden sollte."

---

76. 1. Voraussetzungen der Klage aus Geschäftsführung (actio negotiorum gestorum contraria) nach rheinischem Rechte.

B.G.B. Artt. 1372—1375.

2. Ist über den Antrag des Gläubigers, ihn zu ermächtigen, die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen und den Schuldner zur Vorausbezahlung der Kosten zu verurteilen, durch Beschluß oder durch Urteil zu entscheiden?

C.P.O. §§. 773. 776.

3. Kann der Widerspruch gegen einen vom Amtsgerichte verfügten Sicherheitsarrest auch vor dem Landgerichte erhoben, kann letzteres durch Prorogation zuständig werden, findet eventuell §. 10 C.P.O. Anwendung?

II. Civilsenat. Urt. v. 14. Juni 1887 i. S. Sch. (Bekl.) w. die Gemeinde N. (Kl.) Rep. II, 19/87.

I. Landgericht Straßburg.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

Das zur Mühle des Beklagten gehörige Wehr war weggerissen worden und die Gemeinde hat dasselbe nach Anordnung der Staatsbehörde wieder aufbauen lassen. Sie beansprucht auf den Grund nützlicher Geschäftsführung Erstattung der aufgewendeten Kosten. Der Beklagte ist ferner rechtskräftig verurteilt, die abgebrannte Mühle, in bezug auf welche die Gemeinde als ehemalige Obereigentümerin eine Abgabe und dermalen ein Ablösungskapital für dieselbe zu fordern hat, wiederaufzubauen; die Klägerin hat beantragt, sie zu ermächtigen, die

Mühle auf Kosten des Beklagten aufbauen zu lassen und denselben zur Erlegung eines Kostenvorschusses von 10 000 ℳ zu verurteilen. Das Landgericht hat durch Urteil nach beiden Anträgen erkannt und die Widerklage abgewiesen; die Berufung ist verworfen worden. Das Berufungsurteil wurde teilweise aufgehoben aus folgenden, auch den weiteren Sachverhalt ergebenden

Gründen:

„I. Was die Verurteilung des Beklagten zur Erstattung von 5935,57 ℳ nebst Zinsen als Kosten für Aufbau des Wehres betrifft, so ist unangefochten festgestellt, daß derselbe als Eigentümer der Mühle und des Wehres sowie auf Grund des Vertrages vom 3. Oktober 1785, überdies noch kraft öffentlichen Rechtes dem Staate gegenüber zu dessen Wiederaufbau verpflichtet gewesen sei.

Demnach hat die Klägerin, indem sie diesen Wiederaufbau besorgte und die Kosten dafür auslegte, ein dem Beklagten obliegendes Geschäft unternommen und durchgeführt. Dem zunächst dagegen erhobenen Einwande, daß der Verfall des Wehres darauf zurückzuführen sei, daß die Klägerin ihre Verpflichtung, die dem Beklagten zur Reparatur nötigen Faschinen zu liefern, nicht erfüllt habe, begegnet das Berufungsgericht mit drei selbständigen Gründen. Von diesen ist zwar der zweite, nämlich daß der Beklagte die Klägerin hätte in Verzug setzen müssen, nicht stichhaltig, weil es sich nicht um eine Forderung von Schadensersatz (Art. 1146 des Bürgerlichen Gesetzbuches), sondern um eine aus der Nichterfüllung hergeleitete Einrede handelt. Der dritte Grund dagegen, die Feststellung, daß der Beklagte, auch wenn ihm die Faschinen geliefert worden wären, gleichwohl, wie aus seinem ganzen Verhalten zu erkennen sei, die Reparaturen nicht vorgenommen hätte, ist eine thatsächliche Würdigung und Verneinung eines ursachlichen Zusammenhanges zwischen etwaiger Nichterfüllung der Vertragspflicht seitens der Klägerin und dem Verfalle des Wehres. Da bei dieser thatsächlichen Würdigung ein Gesetz nicht verletzt ist, und dieselbe zur Begründung der Entscheidung in diesem Punkte genügt, so kann ungeprüft bleiben, ob der gegen den ersten Grund, die Feststellung, daß die Faschinen geliefert worden seien, erhobene Angriff, welcher dahin geht, daß mit Unrecht die Abhör des als Zeugen benannten R. abgelehnt worden sei, begründet wäre. —

Bezüglich des weiteren Einwandes, daß die Klägerin in der Meinung, Obereigentümerin zu sein, also ihr eigenes Geschäft zu führen, gehandelt habe, kann zwar der vom Landgerichte aufgestellten und vom Berufungsgerichte gebilligten Rechtsansicht nicht beigepflichtet werden, daß die Klage aus Geschäftsführung auch demjenigen zustehe, welcher sein eigenes Geschäft zu führen vermeinte. Diese Klage unterscheidet sich vielmehr gerade dadurch von derjenigen auf Ersatz der Bereicherung (de in rem verso), daß in der Absicht, den Anderen zu verpflichten, dessen Geschäfte zu führen (gérer l'affaire d'autrui) gehandelt worden ist. Eine solche Absicht, durch welche die Analogie zwischen Geschäftsführung und Mandat (Art. 1372 des Bürgerlichen Gesetzbuches) bewirkt wird, ist aber bei demjenigen ausgeschlossen, welcher nicht das Geschäft des Anderen, sondern nur sein eigenes (Geschäft) besorgen wollte. Es kommt aber auf diese unrichtige Gesetzesauslegung nichts an, weil außerdem noch festgestellt ist, daß die Klägerin sich nur mit dem Vorbehalte, auf den Beklagten zurückzugreifen, dem Unternehmen unterzogen habe. Der gegen diese Feststellung erhobene Vorwurf der Aktenwidrigkeit ist unbegründet, denn sie beruht auf Auslegung des Gemeinderatsprotokolles vom 23. Juli 1880, und in diesem ist auch der Rechtsgrund angegeben, aus welchem die Klägerin den Beklagten für ersatzpflichtig erachtet, nämlich der Art. 10 des emphyteutischen Vertrages vom 3. Oktober 1785, worin der Müller die Unterhaltung des Wehres übernommen hat.

Auch der Umstand ist mit Recht für unerheblich erklärt worden, daß das Wehr zugleich auch dem Besitztume der Klägerin Vorteil bringe; denn, wenn die Verpflichtung des Beklagten feststeht, den Bau ganz auf seine Kosten auszuführen — und diese Verbindlichkeit ist festgestellt — so war und ist er eben zur Bestreitung der Kosten einer ihm und zugleich auch der Klägerin vorteilhaften Anlage verbunden, und bleibt es daher immer Führung eines dem Beklagten allein obliegenden Geschäftes, wenn auch das Ergebnis der Klägerin zum Nutzen gereicht. Auch die Thatsache, daß durch die Herstellung des Wehres in Steinbau die Klägerin von der Verpflichtung zur Lieferung von jährlich 300 Faschinen befreit worden ist, erscheint dem Anspruche aus Geschäftsführung gegenüber unerheblich, zumal feststeht, daß der Beklagte dieselbe durch seine eigene Nachlässigkeit veranlaßt hat. Bei dieser Unthätigkeit des Beklagten einerseits, bei der Dringlichkeit des

Baues andererseits wurde die Geschäftsführung nicht dadurch ausgeschlossen, daß der anwesende Beklagte das Geschäft hätte selbst besorgen können, und aus der gleichen Rücksicht ist auch der Einwand hinfällig, daß die Klägerin zunächst auf Wiederaufbau des Wehres durch den Beklagten hätte klagen und dann sich gemäß §. 773 C.P.O. hätte zum Bauen auf dessen Kosten ermächtigen lassen sollen.

Es kommt hiernach nur noch auf die Nützlichkeit der Geschäftsführung an.

In dieser Beziehung geht das angefochtene Urteil mit Recht davon aus, daß nicht der schließliche Erfolg entscheidend sei, sondern nur die Rücksicht, ob die dem Beklagten obliegende Verpflichtung so erfüllt worden sei, wie er selbst sie notwendiger- oder vernünftigerweise hätte erfüllen müssen. Hat die Klägerin in solcher Weise gehandelt, so ist das Geschäft des Beklagten gut geführt worden (bien administrée, utiliter coeptum, gestum).

Nun stellt aber das Berufungsgericht unter eingehender Würdigung aller Verhältnisse fest, daß der Beklagte gerade so wie die Klägerin das Werk durch einen Staatsbeamten hätte ausführen lassen und sich dessen Anordnungen unterwerfen müssen, daß sie die unter den obwaltenden Umständen beste Wahl und geeignetsten Maßregeln getroffen und so gehandelt habe, wie auch der Beklagte bei Aufwendung größter Sorgfalt nicht anders hätte handeln können. Bei dieser thatsächlichen Würdigung ist ein Rechtsirrtum nicht erkennbar. Die weitere Feststellung, daß die Klägerin für die Mängel des neugebauten Wehres nicht verantwortlich sei, ist zwar für die Frage, ob die Geschäftsführung eine nützliche gewesen, nicht unmittelbar entscheidend, wohl aber für die auf Schadensersatz gerichtete Widerklage.

Es müssen aber auch alle Angriffe gegen die Annahme einer nützlichen Geschäftsführung an der weiteren Feststellung scheitern, daß der Beklagte durch seine Aufforderung vom 12. Februar 1881 die begonnene Geschäftsführung, insbesondere die Wiederherstellung nach den Vorschriften der Verwaltung genehmigt habe, wogegen andererseits ebenfalls in nicht nachzuprüfender thatsächlicher Würdigung verneint wird, daß durch diese Aufforderung ein die Haftung der Klägerin für die Brauchbarkeit des Wehres begründetes Vertragsverhältnis zwischen den Parteien geschaffen worden sei.

Völlig unbegründet ist endlich die Rüge, daß Geschäftsführung deshalb nicht anzunehmen sei, weil dieselbe voraussetze, daß der Geschäftsführer *selbst*, in eigener Person, die Arbeit verrichte, also die nicht sachverständige Klägerin die Ausführung des Baues nicht einem Sachverständigen habe übertragen dürfen.

Da gegen die Höhe des geforderten Betrages nichts erinnert worden und bei der Analogie mit dem Mandate die Verzinslichkeit in Art. 2001 des Bürgerlichen Gesetzbuches begründet ist, erscheint bezüglich dieses Anspruches die Revision unbegründet.

II. Hinsichtlich des Anspruches, die Klägerin zum *Aufbaue der Mühle* auf Kosten des Beklagten zu ermächtigen und diese zur Leistung eines Kostenvorschusses von 10 000 ℳ zu verurteilen, ist dagegen anders zu entscheiden. Die Klägerin hat, um den Vollzug des rechtskräftigen Urteiles herbeizuführen, *nicht* eine neue *Klage* (actio judicati) erhoben, sondern (Blatt 61) nur den nach §. 773 C.P.O. zulässigen Antrag gestellt, es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob neben solchem Antrage überdies noch die Erhebung einer solchen Klage gesetzlich statthaft sei. Da auf den Antrag der Schuldner zu hören ist (§. 776 C.P.O.), hat das Landgericht mündliche Verhandlung über denselben angeordnet und in zutreffender Weise anfänglich (Blatt 76 v. 83. 114. 118. 123) die Verhandlung hierüber von derjenigen über die Klage und Widerklage getrennt gehalten; gleichwohl hat es schließlich im Endurteile als *Bestandteil* desselben darüber entschieden, wie sich aus der Fassung des Urteiles und den Gründen ergiebt. Dadurch hat es aber die §§. 773. 776 C.P.O. verletzt, aus welchen in Verbindung mit §. 701 C.P.O. hervorgeht, daß über einen solchen, lediglich den Vollzug eines rechtskräftigen Urteiles bezweckenden Antrag, obgleich im §. 773 das Wort „verurteilen" gebraucht ist, *nicht* durch *Urteil*, sondern durch *Beschluß* zu entscheiden ist, welcher nicht mit Berufung, sondern nur mit der Beschwerde angefochten werden kann. Hieran ändert nichts, daß die im §. 776 a. a. O. vorgeschriebene Anhörung des Schuldners nicht im Wege schriftlichen Verfahrens, sondern in dem der mündlichen Verhandlung über den Antrag bewirkt worden ist.

Auch auf Grund des §. 686 C.P.O. konnte ein Urteil nicht erlassen werden, weil weder der Schuldner Einwendungen im Wege der *Klage* geltend gemacht, noch die Gläubigerin die Vollstreckung durch *Klage* (deren Statthaftigkeit bereits dahin gestellt worden ist) betrieben

und gegen eine solche der Schuldner die nach §. 680 statthaften Einwendungen einredeweise vorgeschützt hat.

Nachdem nun aber das Landgericht, wenn auch in unzulässiger Weise, durch Urteil entschieden hat, so war, wie das Reichsgericht wiederholt erkannt, die Berufung zulässig; das Berufungsgericht konnte jedoch nur dahin erkennen, daß das gesetzwidrig erlassene Urteil aufzuheben und die Sache (§. 501 C.P.O.) in die erste Instanz zurückzuverweisen sei. Weil dies nicht geschehen, sondern in der Sache erkannt worden ist, war das Urteil betreffs dieses Anspruches aufzuheben und in der Sache zugleich diejenige Entscheidung zu treffen, welche vom Oberlandesgerichte hätte erlassen werden sollen.

III. Zur Widerklage ist:

1. der Anspruch auf Erhöhung des Wehres um 0,316 m aus den beiden zutreffenden Gründen abgewiesen worden, weil die Geschäftsführung beendigt und die Klägerin für die Beschaffenheit des Wehres nicht verantwortlich sei.

2. Aus dem letzteren Grunde erscheint auch die Abweisung der Schadensersatzansprüche wegen der behaupteten Mängel des Wehres und wegen des Stillstehens der Mühle und des angeblich hieraus entstandenen Schadens gerechtfertigt.

3. Betreffs des Antrages auf gänzliche Aufhebung der beiden Arreste ist zu unterscheiden:

a) Derjenige vom 11. März 1881 ist als Sicherheitsarrest vom Amtsgerichte zu Straßburg verfügt worden. Gegen diesen konnte gemäß §. 804 nur Widerspruch erhoben werden, für welchen (§§. 707. 805 C.P.O.) das Amtsgericht zu Straßburg ausschließlich zuständig war. Das Landgericht konnte auch bei dieser Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes, selbst wenn die Widerklage als Widerspruch gelten könnte, nicht durch Prorogation zuständig werden (§. 40 C.P.O.); ebensowenig wäre §. 10 C.P.O. anwendbar, weil es sich im Falle des §. 804 C.P.O. nicht bloß um die sachliche Zuständigkeit handelt, sondern das Arrestgericht für sachlich und örtlich ausschließlich kompetent erklärt ist. Hiernach hätte das Landgericht diesen Widerklagantrag als vor dem unzuständigen Gerichte erhoben abweisen, und das Berufungsgericht, weil dies nicht geschehen, in dieser Weise abändernd erkennen müssen. Das Berufungsurteil war daher auch in diesem Punkte aufzuheben und sofort die richtige Entscheidung zu treffen, welche insofern

dem Revisionskläger günstig ist, als die sachliche Abweisung seines Antrages beseitigt wird.

b) Der Arrest vom 27. März 1882 ist gemäß Art. 557 Code de procédure durch Opposition bei der Gesellschaft „La Centrale" in Paris angelegt worden und, da gemäß Art. 567 Code de proc. die Klage auf Aufhebung beim Gerichtsstande des Wohnsitzes des Arrestaten zu erheben ist, war das Landgericht zu Straßburg hierfür zuständig. Die thatsächlichen Erwägungen, aus welchen dieser Widerklagantrag abgewiesen worden ist, insbesondere, daß die Arrestanlage zur Sicherung der Abgabe- und jetzt der Ablösungsforderung der Klägerin nötig gewesen sei, entziehen sich der Nachprüfung im Revisionsverfahren. Die Opposition war auch nicht bloß für die Rente eingelegt, sondern „pour le payement de dix huit mille francs représentant le capital d'une rente etc."

4. Damit erledigt sich auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen dieses Arrestes. Übrigens hat das Berufungsgericht betreffs beider Arreste festgestellt, daß nicht allein sie, sondern auch noch andere Umstände der Auszahlung der Versicherungssumme entgegengestanden haben, also ein ursachlicher Zusammenhang zwischen einem etwaigen Schaden und den Arresten überhaupt nicht bestehe. Es kann demnach dahingestellt bleiben, ob die erste Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch des Widerklägers, nämlich ein Verschulden der Widerbeklagten (Artt. 1382. 1383 des Bürgerlichen Gesetzbuches), genügend thatsächlich begründet worden sei."

V. Prozeßrecht.

77. 1. Ist eine Ehescheidungsklage als unzulässig abzuweisen, wenn vor der Anberaumung des Verhandlungstermines der nach §§. 570 flg. C.P.O. erforderliche Sühnetermin nicht stattgefunden hat?

2. Kann, wenn vor der Erhebung einer Ehescheidungsklage der Ehemann seinen Wohnsitz verändert hat, den Erfordernissen der §§. 570 flg. nur durch einen vor dem Amtsgerichte des Ortes, an welchem der Ehemann im Zeitpunkte der Klagerhebung seinen Wohnsitz hat, oder auch durch einen vor dem Amtsgerichte, vor welchem der Ehemann früher einen allgemeinen Gerichtsstand hatte, abgehaltenen Sühnetermin genügt sein?

III. Civilsenat. Urt. v. 15. März 1887 i. S. R. (Kl.) w. R. (Bekl.) Rep. III. 296/86.

I. Landgericht Braunschweig.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Parteien hatten sich im Jahre 1881 in Brandenburg verheiratet und dort ihren Wohnsitz gehabt, bis der Ehemann am 11. September 1884 seinen Wohnsitz nach Helmstedt verlegte. Nachdem schon am 22. August 1884 auf Antrag der Ehefrau wegen einer von ihr beabsichtigten Ehescheidungsklage vor dem Amtsgerichte zu Brandenburg ein Sühnetermin unter den Parteien abgehalten und erfolglos geblieben war, erhob sie im Oktober 1884 bei dem Landgerichte zu Braunschweig gegen ihren Ehemann Klage auf Scheidung ihrer Ehe dem Bande nach, eventuell auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett. Ihrer Klageschrift, auf welche am 4. Oktober 1884 der Verhandlungstermin unbeanstandet

anberaumt wurde, war eine Bescheinigung des Amtsgerichtes zu Brandenburg über die dortige erfolglose Abhaltung des Sühnetermines angelegt. Der Beklagte wandte gegen die Klage u. a. ein, daß die Klage als in unzulässiger Weise erhoben abzuweisen sei, weil nach §§. 570. 571 Abs. 1 C.P.O. ein Verhandlungstermin nicht eher habe anberaumt werden dürfen, als bis ein Sühnetermin vor dem Amtsgerichte des Ortes, an welchem er im Zeitpunkte der Klagerhebung seinen Wohnsitz gehabt, also vor dem Amtsgerichte zu Helmstedt abgehalten worden sei, und ein Sühnetermin vor diesem Gerichte nicht stattgefunden habe. Das Landgericht erkannte unter Verwerfung dieses Einwandes auf zeitweilige Trennung der Parteien. Die Berufung des Beklagten wurde verworfen, ebenso seine Revision. Über den gedachten, auch in den beiden Vorinstanzen erfolgten, prozessualen Einwand sagte das Reichsgericht in seinen

Gründen:

„Der §. 570 C.P.O. schreibt vor, daß der Vorsitzende des Landgerichtes den Termin zur mündlichen Verhandlung über eine Ehescheidungsklage erst ansetzen darf, nachdem den Vorschriften über den Sühnetermin genügt ist, und nach §. 573 Abs. 2 hat der Vorsitzende über das Vorhandensein der Voraussetzungen, unter welchen ein Sühnetermin nicht erforderlich ist, zu entscheiden; ein Rechtsmittel gegen seine Entscheidung findet nicht statt. Das erkennende Gericht ist nicht berechtigt, das Verfahren seines Vorsitzenden in dieser Hinsicht seiner Nachprüfung zu unterziehen und eine Ehescheidungsklage aus dem Grunde zurückzuweisen, weil seiner Meinung nach den Vorschriften über den vorgängigen Sühneversuch nicht Genüge geschehen sei. Ist der Sühnetermin den Vorschriften der §§. 570 flg. a. a. O. zuwider unterblieben, so kann das Gericht diesen Mangel in Ausübung der ihm aus §. 268 a. a. O. zustehenden Befugnis durch einen nachträglichen Versuch der gütlichen Beilegung des Rechtsstreites ausgleichen.

Im vorliegenden Falle ist aber den fraglichen Vorschriften auch Genüge geschehen durch den am 22. August 1884 vor dem Amtsgerichte zu Brandenburg stattgefundenen Sühnetermin. Der §. 571 Abs. 1 bestimmt nicht, daß der Sühnetermin bei demjenigen Amtsgerichte stattzufinden habe, bei welchem der Ehemann im Zeitpunkte der Klagerhebung seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Wie überhaupt die Zuständigkeit eines Gerichtes dadurch gegeben wird, daß die

Voraussetzungen derselben im Zeitpunkte der Anrufung des Gerichtes vorhanden sind, so kann auch die Vorschrift des §. 571 a. a. O., daß der Kläger die Anberaumung des Sühnetermins bei demjenigen Amtsgerichte zu beantragen hat,

„bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat",

nur von dem Amtsgerichte verstanden werden, bei welchem der Ehemann im Zeitpunkte der Erhebung dieses Antrages seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Eine Wiederholung des vor dem zuständigen Amtsgerichte erfolglos abgehaltenen Sühnetermines kann — gleichviel, ob seitdem eine Veränderung des ehelichen Wohnsitzes stattgefunden hat oder nicht — nur dann für geboten erachtet werden, wenn seitdem bereits eine so lange Zeit verstrichen ist, daß die Erfolglosigkeit des Sühnetermines nicht mehr als Beweis einer noch im Zeitpunkte der Klagerhebung vorhandenen Unversöhnlichkeit der Parteien betrachtet werden kann; ein solcher Fall liegt aber gegenwärtig, wo die Zwischenzeit zwischen dem Sühnetermine und der Klaganstellung kaum anderthalb Monate beträgt, nicht vor." . . .

---

78. Kann Widerspruch gegen eine Zwangsvollstreckung durch Pfändung von Früchten, welche von dem Boden noch nicht getrennt sind, auf einen Vertrag gestützt werden, durch welchen der Eigentümer der Früchte dieselben dem Kläger verkauft hat?

C.P.O. §§. 690. 714.

III. Civilsenat. Urt. v. 18. März 1887 i. S. P. (Kl.) w. die Spar- u. Vorschußkasse zu H. (Bekl.) Rep. III. 35/87.

I. Landgericht Hildesheim.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die Frage ist vom Reichsgerichte verneint aus folgenden

Gründen:

„Der Kläger hat den Antrag, daß die Zwangsvollstreckung in bezug auf die im Auftrage der Beklagten bei dem Hofbesitzer R. zu M. gepfändeten Früchte auf dem Halme für unzulässig erklärt und eingestellt bezw. aufgehoben, auch die Beklagte schuldig erkannt werde,

den Erlös aus der Versteigerung dieser Früchte dem Kläger herauszugeben, bezw. demselben das Recht auf Auskehrung des Erlöses abzutreten, sowie den im Laufe des Verfahrens modifizierten Klagantrag, daß die Beklagte verurteilt werde, ihm den Erlös der Versteigerung der fraglichen Früchte mit 1641,50 ℳ nach Abzug der Kosten der Zwangsvollstreckung herauszugeben, auf den mit dem Hofbesitzer R. am 10. April 1883 abgeschlossenen Vertrag gestützt, wonach R. dem Kläger den hier in Frage stehenden, von der Beklagten für eine ihr gegen R. zustehende vollstreckbare Forderung am 18. Juli 1883 im Zwangsvollstreckungsverfahren gepfändeten und am 23. Juli 1883 durch den Gerichtsvollzieher in ihrem Auftrage versteigerten Roggen verkauft hat. Das Berufungsgericht hat die Klage mit Recht abgewiesen, da seine Annahme, daß auf den Vertrag vom 10. April 1883 eine Interventionsklage auf Grund der Vorschrift in §. 690 C.P.O. nicht gestützt werden könne, für zutreffend zu erachten ist, und die hiergegen vom Revisionskläger erhobenen Angriffe nicht begründet sind. Denn wenn auch die Ansicht nicht gebilligt werden kann, daß die Interventionsklage nach §. 690 C.P.O. durch Berufung auf ein obligatorisches Verhältnis zwischen dem Interventionskläger und dem Schuldner, gegen welchen die Zwangsvollstreckung betrieben wird, überhaupt nicht begründet werden könne, vielmehr in den Fällen, in welchen der Schuldner die gepfändeten Sachen nur auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses, z. B. auf Grund eines Depositums, Kommodates 2c, besitzt, zur Begründung der Interventionsklage des Dritten nach §. 690 C.P.O. der Nachweis des betreffenden obligatorischen Verhältnisses genügt, so ist doch die Frage, ob auch derjenige, welcher nur ein Forderungsrecht auf Leistung, bezw. Übertragung der gepfändeten Sachen des Schuldners erworben hat, nach §. 690 der Zwangsvollstreckung widersprechen könne, zu verneinen. Denn in diesem Falle steht dem Interventionskläger „an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht", wie §. 690 voraussetzt, nicht zu, da er ein Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht, sondern nur ein dem Mitkontrahenten gegenüber wirksames, persönliches Recht auf Überlieferung, Gewährung des fraglichen Vermögensgegenstandes erworben hat, durch welches der Schuldner nicht verhindert ist, die Sache, welche den Gegenstand des Vertrages bildet, zu veräußern.

Durch den mit dem Hofbesitzer R. am 10. April 1883 über den von der Beklagten gepfändeten Roggen abgeschlossenen Kaufvertrag hat der Kläger aber an diesem Roggen, welcher als pars fundi eine selbständige Sache nicht bildete, weder Eigentum, noch ein sonstiges Recht erworben, sondern nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Verkäufer R., ihm den abgeernteten Roggen zu überliefern oder ihm selbst dessen Aberntung zu gestatten. Durch die Vorschrift in §§. 714. 725 C.P.O., wonach Früchte, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, gepfändet und die gepfändeten versteigert werden können, ist in den nach dem römischen und gemeinen Rechte bestehenden Grundsatz, daß die von dem Boden noch nicht getrennten Früchte Bestandteile der fruchttragenden Sache, keine selbständige Sachen sind, insoweit, aber auch nur insoweit modifizierend eingegriffen, daß diese Früchte bezüglich der Zwangsvollstreckung, namentlich der Pfändung, als selbständige Sachen betrachtet und behandelt werden, nicht bloß als Teil des Grundstückes einen Gegenstand der Immobiliarexekution, sondern auch als bewegliche Sache einen Gegenstand der Mobiliarexekution bilden. Im übrigen ist aber durch die gedachten Vorschriften der Civilprozeßordnung an den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über die rechtliche Natur der von dem Boden nicht getrennten Früchte nichts geändert, es sind nicht die in dem bürgerlichen Rechte über die hängenden Früchte bestehenden Rechtsnormen generell geändert, in der Art, daß diese Früchte überall im Rechtsverkehre als selbständige, bewegliche Sachen gelten, und es ist daher nicht richtig, wenn der Revisionskläger aus den Vorschriften der Civilprozeßordnung die Folgerung zieht, daß die hängenden Früchte als selbständige Sachen auch Gegenstand eines Rechtsgeschäftes, insbesondere eines Veräußerungsgeschäftes, sein können. Ein Vertrag, wie der vorliegend zwischen dem Kläger und dem Eigentümer des Grund und Bodens über die auf diesem stehenden Früchte abgeschlossene, kann auch jetzt nur die Verpflichtung des letzteren zum Gegenstande haben, die Aberntung der Früchte demnächst zu gestatten oder die abgeernteten Früchte dem Käufer zu überliefern. Durch ein solches Recht kann aber ein Widerspruch gegen die Pfändung der Früchte nicht begründet werden. Es ist auch nicht richtig, wenn der Revisionskläger ausführt, nach §. 714 C.P.O. würden nicht sowohl die vom Boden noch nicht getrennten Früchte, sondern vielmehr das Recht auf Aberntung derselben gepfändet; stehe dieses dem Schuldner,

gegen welchen die Zwangsvollstreckung betrieben werde, nicht mehr zu, weil er durch Vertrag — wie im vorliegenden Falle der Hofbesitzer R. durch den Vertrag am 10. April 1883 gethan habe — dieses Recht einem Dritten übertragen habe, so hindere dieses die Pfändung und den zwangsweisen Verkauf der Früchte, und es könne daher der Dritte, welcher jenes Recht auf Aberntung erworben habe, der Zwangsvollstreckung widersprechen. Gegenstand der Zwangsvollstreckung und Pfändung ist nicht das Recht zur Perzeption der Früchte, sondern die Früchte selbst, als bewegliche Sachen. Es ergiebt sich dieses nicht nur aus der Fassung des §. 714 C.P.O., sondern auch daraus, daß der §. 714 in den Abschnitt II des ersten Titels „Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen", welcher die Überschrift trägt „Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen" eingereiht ist.

Es ergeben sich übrigens bei dieser Auffassung der Vorschriften in §. 714 C.P.O. auch nicht die von dem Revisionskläger für den Fall, daß die fruchttragende Sache verpachtet ist, hervorgehobenen Bedenken. Der Pächter kann allerdings auf Grund der Vorschrift im §. 690 C.P.O. der Pfändung der auf den von ihm gepachteten Grundstücken stehenden Früchten seitens eines Gläubigers des Verpächters nicht widersprechen. Allein, da nach §. 713 a. a. O. die im Gewahrsam eines Dritten befindlichen körperlichen Sachen nur mit dessen Genehmigung gepfändet werden können, so kann der Pächter die Pfändung der Früchte durch Verweigerung der Herausgabe derselben hindern. Dagegen kann gegen den Pächter eine Pfändung der auf den von ihm gepachteten Grundstücken stehenden, in seinem Gewahrsam befindlichen Früchte wegen einer gegen ihn dem Gläubiger zustehenden Forderung vorgenommen werden.

Denn wenn auch der Pächter nach dem gemeinen Rechte nur ein persönliches Recht auf Perzeption der Früchte aus seinem Pachtvertrage hat, so werden doch eben in Beziehung auf die Zwangsvollstreckung, unter Aufhebung der entgegenstehenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes, die Früchte als selbständige Sachen behandelt. Der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger erlangt mit der Pfändung ein Pfandrecht an den gepfändeten stehenden Früchten und ein Recht zu deren Versteigerung nach eingetretener Reife. Dem auf Grund seines Eigentumes intervenierenden Verpächter würde der Gläubiger, welcher die Früchte bei dem Pächter hat pfänden lassen,

den Einwand entgegenstellen können, welchen der Pächter gegen den Verpächter hat, welcher ihn an dem Bezuge der auf den gepachteten Grundstücken gezogenen Früchte hindert."

---

79. 1. Kann ein wirksamer Schiedsspruch vorliegen, wenn einer der Schiedsrichter denselben nicht unterschrieben hat?

2. Tritt der Schiedsvertrag außer Kraft, wenn einer der in demselben ernannten Schiedsrichter nach der Abstimmung die Unterzeichnung des Schiedsspruches verweigert und vom Schiedsvertrage zurücktritt?

C.P.O. §§. 859. 865.

II. Civilsenat. Urt. v. 13. April 1887 i. S. Feuerversicherungsgesellschaft Rh. u. M. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. II. 413/86.

I. Landgericht Kolmar.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Kläger war bei der beklagten Gesellschaft gegen Brandschaden versichert. Er hat mit derselben einen Schiedsvertrag geschlossen, in welchem zwei Schiedsrichter bezeichnet wurden, welche für den Fall einer Meinungsverschiedenheit einen dritten Schiedsrichter (Obmann) beiziehen sollten. Dieser Fall trat ein. Durch Mehrheitsbeschluß von zwei Schiedsrichtern wurde die dem Kläger gebührende Entschädigung auf 6336 ℳ festgesetzt. Der überstimmte Schiedsrichter, welcher der Meinung war, der Schade belaufe sich auf mehr als 16 000 ℳ, weigerte sich aber, den Schiedsspruch zu unterzeichnen und verblieb dabei, obgleich ihn die anderen Schiedsrichter durch Gerichtsvollzieherakt auffordern ließen, seine Unterschrift der ihrigen beizufügen. Die nun vom Kläger erhobene Brandentschädigungsklage wurde von der Beklagten als unzulässig und unbegründet bestritten, indem hauptsächlich geltend gemacht wurde, es liege ein bindender Schiedsspruch vor, jedenfalls bestehe der Schiedsvertrag noch in Kraft. Diese Einrede wurde in beiden Instanzen verworfen und die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt, welche den Betrag von 10 000 ℳ überstieg. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„1. Der Einwand der Beklagten, es liege, ungeachtet der fehlenden Unterschrift des Schiedsrichters Sch., ein rechtswirksamer Schiedsspruch vor, an welchen der Kläger gebunden sei, wurde vom Berufungsgerichte mit Recht für unbegründet erklärt. Ein rechtswirksamer Schiedsspruch, der unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteiles hat (§. 866 C.P.O.), liegt nur dann vor, wenn den Vorschriften in §. 865 dieses Gesetzbuches genügt worden ist. Insbesondere wird hierzu vorausgesetzt, daß alle Schiedsrichter den Schiedsspruch unterschrieben haben. Weigert sich ein Schiedsrichter, dies zu thun, so kann dessen Unterschrift nicht durch eine diesen Umstand feststellende Erklärung der übrigen Schiedsrichter ersetzt werden. Vielmehr fehlt dem Schiedsspruche, solange der Vorschrift des §. 865 a. a. O. nicht genügt worden ist, die verbindliche Kraft und kann deshalb weder dessen Vollstreckbarerklärung verlangt noch im Wege der Einrede geltend gemacht werden, es liege eine die Parteien bindende Entscheidung vor. Eine Vorschrift, wie sie Art. 1016 Abs. 2 des französischen Code de procédure für den Fall enthält, daß sich die Minderheit der Schiedsrichter weigert, den Schiedsspruch zu unterzeichnen, kennt die Civilprozeßordnung nicht, und die Vorschrift des §. 286 Abs. 1 dieses Gesetzbuches, welche für den Fall Vorsorge trifft, daß ein Richter verhindert ist, einem Urteile seine Unterschrift beizufügen, gilt nur für gerichtliche Urteile, nicht für das schiedsrichterliche Verfahren. Auch ist eine analoge Anwendung derselben mit Rücksicht auf die Vorschrift des §. 865 C.P.O. ausgeschlossen.[1]

2. Auch in der weiteren Ausführung des Berufungsgerichtes, die Verweigerung der Unterschrift durch den Schiedsrichter Sch. sei als ein Rücktritt von dem mit ihm geschlossenen Vertrage anzusehen, infolge dessen der Schiedsvertrag nach §. 859 C.P.O. außer Kraft getreten sei, konnte ein Rechtsirrtum nicht gefunden werden. Während §. 857 C.P.O. für den Fall, daß ein nicht in dem Schiedsvertrage ernannter Schiedsrichter wegfällt oder die Übernahme oder Ausführung des Schiedsvertrages verweigert, vorschreibt, daß an dessen Stelle ein an-

[1] Vgl. hierzu die Kommentare zu §. 865 C.P.O.; ferner Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 397 flg.; Bolze, Praxis des R.G.'s Bd. 2 S. 491; Zeitschr. f. den Civilprozeß Bd. 7 S. 116; Archiv f. civil. Praxis Bd. 69 S. 338. 411. D. E.

derer Schiedsrichter zu bestellen ist; tritt nach §. 859 Nr. 1 C.P.O., wenn bestimmte Personen in dem Vertrage zu Schiedsrichtern ernannt sind und einer der obenerwähnten Fälle eintritt oder ein Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert, der Schiedsvertrag außer Kraft, sofern nicht für den betreffenden Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist. Dieser Vorschrift liegt die Auffassung zu Grunde, daß in dem in §. 859 C.P.O. vorgesehenen Falle der Schiedsspruch nach dem Willen der Parteien nur durch die ernannten Schiedsrichter abgegeben werden solle und deshalb von dem schiedsrichterlichen Verfahren abzusehen sei, wenn einer der Schiedsrichter die ihm zugedachte Aufgabe nicht erfüllen könne oder wolle. Soweit es sich um den Rücktritt eines Schiedsrichters von dem mit ihm geschlossenen Vertrage handelt, ist es aber, wie sowohl die allgemeine Fassung der darauf bezüglichen Vorschrift als die Gleichstellung „der ungebührlichen Verzögerung" deutlich erkennen läßt, für die Anwendung des §. 859 C.P.O. gleichgültig, ob der zurückgetretene Schiedsrichter hierzu berechtigt war oder nicht. Die bloße Thatsache des Rücktrittes berechtigt die Parteien, den Schiedsvertrag als kraftlos anzusehen und sich nun an die Gerichte zu wenden. Für keine derselben besteht die Verpflichtung, gegen den Schiedsrichter, der sich der übernommenen Verpflichtung mit Unrecht entzieht, Klage zu erheben und auf diese Weise die Erfüllung der Verpflichtung zu erzwingen oder die Unausführbarkeit des Schiedsvertrages festzustellen. Die in §. 859 C.P.O. enthaltene Vorschrift führt bei dieser Auffassung allerdings zu dem eigentümlichen Ergebnisse, daß der überstimmte Schiedsrichter jederzeit das Zustandekommen eines rechtswirksamen Schiedsspruches verhindern kann, indem er entweder ausdrücklich von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt oder die Unterschrift verweigert. Einem solchen Verfahren gegenüber hat die dadurch betroffene Partei, soweit es sich um das Verhältnis zum Gegner handelt, kein Schutzmittel, da sie diesen zur Fortsetzung des schiedsrichterlichen Verfahrens, bezw. zur Bestellung eines anderen Schiedsrichters nicht nötigen kann. Aber diese Eigentümlichkeit ergiebt sich mit Notwendigkeit aus den Vorschriften der §§. 859. 865 C.P.O.[1] Wollen

[1] Vgl. hierzu die Kommentare zu §§. 857. 859 C.P.O.; ferner Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 §§. 142. 143 S. 338. 342; Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 1 §. 49a S. 244. 245 Text und Anm. 16. D. E.

die Parteien sich der erwähnten Gefahr nicht aussetzen, so dürfen sie die Schiedsrichter nicht im Schiedsvertrage ernennen oder müssen für den Fall des Rücktrittes eines Schiedsrichters besondere Bestimmungen treffen."

80. Sind bei einem Streite zwischen Hypothekargläubigern über die Priorität die Zinsen aus den auf den Liegenschaftserlös angewiesenen Hauptsummen bei Berechnung des Wertes des Beschwerdegegenstandes hinzuzurechnen?

C.P.O. §§. 4. 6. 508.

II. Civilsenat. Urt. v. 25. März 1887 i. S. M. R. u. Gen. (Bekl.) w. D. u. Gen. (Kl.) Rep. II. 364/86.

I. Landgericht Saargemünd.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

Bei dem Kollokationsverfahren über den 2400 ℳ betragenden Erlös eines dem A. D. im Zwangswege versteigerten Hauses haben die beiden Beklagten Forderungen mit richterlichem Pfandrechte und die Klägerin K. D. eine eheweibliche Beibringensforderung mit behauptetem gesetzlichen Pfandrechte angemeldet, wobei diese damit sich einverstanden erklärte, daß an ihrer Stelle A. D. angewiesen werde. In dem Verteilungsplane sind die Beklagten in erster Reihe loziert worden, und zwar R. mit 771,40 ℳ nebst Zinsen und Kosten, S. mit 332,32 ℳ ebenfalls nebst Zinsen und Kosten. Mit der Klage wurde die Abänderung dieses Verteilungsplanes zu Gunsten der Kläger begehrt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das Oberlandesgericht abändernd dahin erkannt, der Verteilungsplan sei abzuändern und Kläger A. D. auf den durch ihn verschuldeten Steigpreis von 2400 ℳ in Höhe dieser ganzen Summe nach Abzug der Massekosten auf sich selbst an erster Stelle anzuweisen, sodaß die Beklagten mit ihren nachstehenden Hypothekarforderungen gänzlich ausfallen.

Die Revision der Beklagten ist als unzulässig verworfen worden aus folgenden

Gründen:

„Die von Amts wegen zu prüfende Frage, ob die Revisionssumme vorhanden sei, ist zu verneinen.

Gemäß §. 508 C.P.O. setzt die Zulässigkeit der Revision voraus, daß der Wert des Beschwerdegegenstandes den Betrag von 1500 ℳ übersteige. Es ist demnach derjenige Betrag maßgebend, um welchen die Revisionskläger durch die angefochtene Entscheidung verkürzt sind, und welchen sie mittels der Revision zu erreichen bezwecken.

Vgl. Seuffert, Arch. N. F. Bd. 6 Nr. 242, Bd. 8 Nr. 73 und Nr. 186; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 12 Nr. 36 S. 155, Bd. 13 Nr. 90 S. 354, Bd. 15 Nr. 113 S. 407.

Für die Berechnung des Wertes des Beschwerdegegenstandes sind aber die §§. 4 flg. C.P.O., und zwar, da es sich im gegebenen Falle um von den Beklagten geltend gemachte Hypotheken handelt, die §§. 4. 6 in der Weise anwendbar, daß der Betrag der Forderung, welcher nach dem letzteren maßgebend, nach der Bestimmung des ersteren zu berechnen ist. Gemäß §. 4 a. a. O. bleiben für die Wertsberechnung Zinsen und Kosten unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Als Nebenforderungen haben sie aber zu gelten, wenn sie im Prozesse neben dem Hauptanspruche, d. h. als etwas von demselben abhängiges, gefordert werden.

Vgl. Planck, Lehrbuch §. 10 zu Anm. 17; Wach, Handbuch §. 31 zu Anm. 47. 48; Hellmann, Lehrbuch §. 112 S. 718; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 Nr. 83 S. 228, Bd. 9 Nr. 117 S. 411.

Dabei begründet es keinen Unterschied, ob sie neben der Hauptforderung klagend gefordert werden, oder ob für die Hauptsumme und für sie eine Sicherung oder Priorität beansprucht wird.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 4 Nr. 100 S. 367, Bd. 7 Nr. 98 S. 326, Bd. 10 Nr. 103 S. 344 und Nr. 121 S. 394, mit welchen die Entscheidung Bd. 12 Nr. 64 S. 258 in Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles nicht im Widerspruche steht.

Die Revisionssumme ist demnach nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen, welche maßgebend wären, wenn die Revision gegen ein Urteil gerichtet wäre, durch welches eine Klage auf Anerkennung des Vorranges der Hypothek für Hauptsumme, Zinsen und Kosten abgewiesen worden ist.

Hiernach kommen die Zinsen und Kosten nicht in Berechnung, und da die Hauptsummen zusammen nur 1103,72 ℳ betragen, war die Revision als unzulässig zu verwerfen."

---

81. 1. Auf welchem Wege kann ein Gläubiger des Arrestschuldners den gegen diesen erlassenen Arrestbefehl angreifen?

2. Ist das Arrestgericht nach §. 804 C.P.O. ausschließlich zuständig zur Entscheidung über den Widerspruch gegen den Arrestbeschluß?

3. Kann, wenn der Arrest von einem Amtsgerichte angeordnet, die Widerspruchsklage aber vor einem Landgerichte erhoben wurde, die Unzuständigkeit des Gerichtes durch §. 10 C.P.O. beseitigt werden?

C.P.O. §§. 10. 40. 804.
Code civil Art. 1166.

II. Civilsenat. Urt. v. 5. April 1887 i. S. W. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. II. 421/86.

I. Landgericht Koblenz.
II. Oberlandesgericht Köln.

Die beiden Parteien behaupten, Gläubiger des Notars G. zu sein. Der Beklagte hat im April 1884 bei dem zuständigen Amtsgerichte wegen seiner Forderung einen Arrestbefehl erwirkt, durch welche zwölf seinem Schuldner zustehende Forderungen gepfändet wurden. In der bei dem Landgerichte Koblenz erhobenen Klage wurde beantragt, den Arrest für ungültig, jedenfalls dem Kläger gegenüber für unwirksam zu erklären, und geltend gemacht: 1. die gepfändeten Forderungen seien dem Kläger cediert; 2. es fehle an einem gesetzlichen Arrestgrunde; 3. der Arrest sei in der Absicht erwirkt worden, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen. Das Landgericht hob den Arrest auf, weil es an einem zureichenden Arrestgrunde gefehlt habe. Bezüglich der Cession wurde ausgeführt, dieselbe habe dem Arreste nicht im Wege gestanden, weil der Vorschrift des Art. 1690 Code civil nicht genügt worden sei. Die gegen das landgerichtliche Urteil erhobene Berufung wurde verworfen, indem das Berufungsgericht in den erwähnten beiden Richtungen der Auf-

fassung des ersten Richters beitrat. Die Befugnis des Klägers zur Anfechtung des Arrestes wurde aus dessen Interesse an der Aufhebung des Arrestes und aus Art. 1166 Code civil abgeleitet. Bezüglich der Zuständigkeit des Landgerichtes Koblenz, welche der Beklagte in zweiter Instanz bestritt, wurde bemerkt, §. 684 C.P.O. könne nicht zur Anwendung kommen, außerdem sei die Zuständigkeit des Landgerichtes nach §. 10 a. a. O. begründet. Auf Revision des Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

„Der von dem Beklagten erhobene Einwand, zur Bestreitung der Gültigkeit des angelegten Arrestes nach §. 804 C.P.O. sei Kläger nicht befugt, wurde vom Berufungsgerichte mit der Bemerkung zurückgewiesen, der Kläger sei sowohl wegen seines durch die Cession der gepfändeten Forderungen begründeten Interesses an der Beseitigung des Arrestes, als auch in seiner Eigenschaft als Gläubiger des Arrestschuldners G. gemäß Art. 1166 Code civil zur Bestreitung des Arrestes legitimiert. Durch diese Ausführungen wird aber die Zurückweisung der von dem Beklagten erhobenen Einrede der mangelnden Aktivlegitimation nicht gerechtfertigt. Der in Frage stehende Arrestbefehl konnte von dem Kläger entweder aus eigenem Rechte oder auf Grund der dem Arrestschuldner zustehenden Befugnisse (nach Art. 1166 a. a. O.) angefochten werden.

Vgl. Urteil des R.G.'s vom 17. Oktober 1884 in Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 12 S. 400.

Aber in keiner dieser Richtungen sind die Voraussetzungen einer solchen Berechtigung vom Berufungsgerichte in genügender Weise festgestellt worden. Soweit das Recht des Klägers, die Aufhebung des Arrestes zu beantragen, ohne Rücksicht auf Art. 1166 Code civil bestehen soll, kommt zunächst das dem Gläubiger nach dem Reichsgesetze vom 21. Juli 1879 zustehende Anfechtungsrecht, sodann die Vorschrift des §. 690 C.P.O. in Betracht, nach welcher ein Dritter, welcher behauptet, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage Widerspruch erheben kann. Ob die Anfechtung des Arrestes nach dem erwähnten Reichsgesetze gerechtfertigt sei, hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Auf die Vor-

schrift des §. 690 C.P.O., welche auch einem Arreste gegenüber Anwendung findet, kann die Befugnis des Klägers zum Widerspruche aber im vorliegenden Falle nicht gestützt werden, weil das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem ersten Richter angenommen hat, daß dem Kläger auf Grund der Cession ein (die Veräußerung hinderndes) Recht an den mit Arrest belegten Forderungen (nach Art. 1690 Code civil) nicht zustehe. Ein bloßes „Interesse" an der Aufhebung des Arrestes genügt aber nicht, um den Kläger zu einem darauf gerichteten Antrage zu legitimieren. Ein mit Unrecht erlassener Arrestbefehl ist nicht infolge des mangelnden Arrestgrundes ipso jure ungültig oder unwirksam. Vielmehr besteht derselbe zu Recht, solange er nicht vom Gerichte aufgehoben ist. Es kann sonach nicht jeder, der ein Interesse an der Beseitigung des Arrestes hat, mittels Klage oder Einrede geltend machen, der Arrest sei mit Unrecht erlassen worden. Vielmehr kann dessen Aufhebung nur auf dem im Gesetze vorgesehenen Wege beantragt werden. Hiernach kann es sich nur fragen, ob die Zurückweisung des in Frage stehenden Einwandes mit Rücksicht auf den vom Berufungsgerichte angezogenen Art. 1166 Code Civil gerechtfertigt ist. Aber auch diese Frage war zu verneinen. Durch diese Vorschrift werden die Gläubiger nur ermächtigt, diejenigen Rechte und Klagen ihres Schuldners geltend zu machen, welche nicht ausschließlich an dessen Person haften. Sie können aber auf Grund derselben nur solche Anträge stellen, zu denen auch der Schuldner berechtigt wäre, und können nur auf demjenigen Wege vorgehen, welchen auch der Schuldner einschlagen könnte. Da nun der Schuldner, gegen den ein Arrestbeschluß erlassen wurde, nicht auf dem Wege der gewöhnlichen Klage die Aufhebung des Arrestes verlangen kann, sondern, wenn er sich diesem Beschlusse widersetzen will, in der in §. 804 C.P.O. vorgesehenen Weise gegen den Arrestbeschluß Widerspruch erheben muß, kann die Befugnis des Gläubigers zum Antrage auf Aufhebung des Arrestes aus Art. 1166 Code civil nur dann abgeleitet werden, wenn angenommen wird, derselbe sei nach dieser Vorschrift berechtigt, namens des Schuldners den in §. 804 C.P.O. vorgesehenen Widerspruch zu erheben. Nun hat aber das Berufungsgericht angenommen, ein solcher Widerspruch sei überhaupt nicht erhoben worden. Es durfte hiernach der Einwand des Beklagten auch nicht mit Rücksicht auf Art. 1166 Code civil für unbegründet erklärt werden.

Wollte man übrigens auch im Gegensatze zu der Auffassung des Berufungsgerichtes annehmen, die Klage sei als eine Widerspruchsklage im Sinne des §. 804 C.P.O. anzusehen und der Kläger sei nach Art. 1166 Code civil zur Erhebung dieses Widerspruches berechtigt gewesen, welche Frage näher zu erörtern zunächst nicht erforderlich ist, so würde die von dem Beklagten geltend gemachte Unzuständigkeitseinrede als begründet erscheinen. Das Berufungsgericht hat zwar in zutreffender Weise ausgeführt, auf die Anordnung des Arrestes hätten nach §. 808 C.P.O. nicht wie auf die Vollziehung desselben die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung zu finden; es seien sonach bezüglich der Zuständigkeit des Gerichtes nicht die §§. 684. 707 C.P.O. maßgebend. Aber dasselbe hat übersehen, daß der Widerspruch gegen den Arrestbeschluß nur bei demjenigen Gerichte, welches diesen Beschluß erlassen hat, also bei dem Amtsgerichte St. G., nicht aber bei dem Landgerichte K. erhoben werden konnte. Nach den Vorschriften der §§. 804 und 805 C.P.O. kann es nicht zweifelhaft sein, daß der widersprechende Schuldner den Gegner zur mündlichen Verhandlung vor das Arrestgericht zu laden und daß dieses Gericht zunächst über die Rechtmäßigkeit des Arrestes zu entscheiden hat. Mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift und die Natur des Widerspruches, durch den gegen eine im Arrestverfahren ergangene Verfügung Abhilfe durch Anrufung des Arrestgerichtes selbst gewährt wird, muß aber, obgleich dies im Gesetze nicht ausdrücklich hervorgehoben wurde, auch angenommen werden, daß die Zuständigkeit des Arrestgerichtes eine ausschließliche ist, welche nach §. 40 C.P.O. nicht durch Vereinbarung beseitigt werden kann. Durch die erwähnte Vorschrift wird nicht ein Gerichtsstand bestimmt, welcher neben anderen Gerichtsständen zur Anwendung kommen soll, sondern es wird dasjenige Gericht bezeichnet, das allein berechtigt ist, über den Widerspruch zu entscheiden. Es muß sonach, wenn der Widerspruch bei einem anderen Gerichte erhoben wird, dieses sich ebenso wie in dem in §. 807 C.P.O. vorgesehenen Falle von Amts wegen für unzuständig erklären. Der Geltendmachung der Unzuständigkeit steht in diesem Falle §. 10 C.P.O. nicht im Wege. Nach dieser Vorschrift, welche in der präsumtiv besseren Rechtsprechung der Landgerichte ihren Grund hat und sich lediglich auf die sachliche Zuständigkeit bezieht, kann das Urteil eines Landgerichtes nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die (sachliche) Zuständigkeit des Amts-

gerichtes begründet gewesen sei. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob das Amtsgericht mit Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes oder aus anderen Gründen für zuständig erklärt wurde. In §. 804 C.P.O. ist aber nicht bloß die sachliche Zuständigkeit geregelt, sondern bestimmt worden, daß nur das Arrestgericht (örtlich und sachlich) zuständig sein solle, über den Widerspruch gegen den Arrestbefehl zu entscheiden. Dieses Gericht braucht nach §. 799 C.P.O. gar nicht ein Amtsgericht zu sein, da auch das Gericht der Hauptsache zur Anordnung des Arrestes zuständig ist. Mag aber der Arrestbefehl von einem Amtsgerichte oder von einem Landgerichte erlassen worden sein, so kann der dagegen gerichtete Widerspruch nur in der in §. 804 C.P.O. vorgesehenen Weise bei dem Arrestgerichte erhoben werden.[1]

Da hiernach die auf die Entscheidung über die Aktivlegitimation des Klägers bezügliche Beschwerde als begründet erschien, war eine Prüfung der übrigen vom Revisionskläger erhobenen Einwendungen nicht geboten. Vielmehr mußte das angefochtene Urteil schon aus den dargelegten Gründen aufgehoben werden. Da mit Rücksicht auf das vom Berufungsgerichte nicht geprüfte weitere Vorbringen des Klägers die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist, konnte jedoch nicht in der Sache selbst erkannt, mußte dieselbe vielmehr an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden."

---

82. 1. Verhältnis der Entscheidung im Wechselprozesse zu dem die vorbehaltene Ausführung der Rechte betreffenden Nachverfahren.
2. Wirkung eines in einem von zwei verbundenen Prozessen vor angeordneter Verbindung geleisteten Eides auf die Entscheidung des anderen Prozesses.

VI. Civilsenat. Urt. v. 9. Dezember 1886 i. S. De. (Bekl. u. Kl.) w. Do. (Kl. u. Bekl.) Rep. IIIa. 254/86.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

---

[1] Vgl. hierzu die Kommentare zur C.P.O. bei §. 10, besonders Endemann Bd. 1 S. 362 flg.; Gaupp Bd. 1 §. 10 II. S. 35 und Wach, Handbuch Bd. 1 S. 362; Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 37 Anm. 44 und S. 99 Anm. 22; ferner Entsch. des R.R.'s Bd. 9 S. 349. 350, Bd. 11 S. 432 flg. und Bd. 13 S. 367. Die in Bd. 13 veröffentlichte Entscheidung des V. Civilsenates wird von Planck bekämpft. D. E.

Do. klagte gegen De. aus einem Wechselaccepte des letzteren im Wege des Wechselprozesses auf Zahlung der Wechselsumme; De. schützte eine Einrede vor, die im wesentlichen darauf hinauslief, daß das Accept ein sog. Gefälligkeitsaccept sei, indem er den Eid über die erheblichen Thatsachen zuschob; nachdem Do. mindestens einen Teil der letzteren nach Maßgabe eines Beweisbeschlusses abgeschworen hatte, erfolgte die Verurteilung des De. unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte. Inzwischen hatte schon De. seinerseits im ordentlichen Verfahren eine Klage gegen Do. auf Auslieferung jenes Acceptes erhoben, welche auf die gleichen Behauptungen gestützt war, wie die Einrede im Wechselprozesse, und dieser neue Prozeß wurde durch einen vom Landgerichte nach Maßgabe des §. 138 C.P.O. gefaßten Beschluß mit dem ordentlichen Nachverfahren des Wechselprozesses verbunden. In diesen miteinander verbundenen Prozessen wollte De. den Beweis jener erheblichen Thatsachen mittels Zeugen erbringen; dieser Beweis wurde jedoch nicht aufgenommen, sondern in den beiden unteren Instanzen De. ohne weiteres mit seiner Klage abgewiesen, und das Urteil des Wechselprozesses aufrecht erhalten. Seine Revision wurde vom Reichsgerichte zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

... „Was ... die auf das De.'sche Accept bezügliche Entscheidung des Berufungsgerichtes anlangt, so ist von seiten De.'s nicht ohne Grund gerügt, daß sie in zum Teil rechtsirrtümlicher Weise begründet sei. In thatsächlicher Beziehung waren die Behauptungen des De. dahin gegangen, daß er den fraglichen Wechsel nur im Auftrage und für Rechnung des Do. acceptiert habe, damit sich Do. durch die Begebung desselben Geld verschaffen könne. Daß aus solchem Vorgange an sich eine Einrede gegen die von Do. auf das Accept gestützte Wechselklage hergenommen werden könnte, ist nicht zu bezweifeln. Ebenso würde sich aus demselben, nachdem unbestrittenermaßen Do. den Gebrauch, zu welchem der von De. acceptierte Wechsel nach der Behauptung des letzteren ausschließlich bestimmt gewesen sein soll, von demselben gemacht und ihn wieder eingelöst hat, eine actio mandati contraria, beziehungsweise nach Analogie von l. 2 Cod. de cond. ex lege 4, 9 eine condictio sine causa, mindestens auf formelle Beseitigung des Acceptes, allenfalls auch auf Auslieferung des acceptierten Wechsels ergeben. Das Oberlandesgericht hat jedoch den von De. für seine Darstellung des Sachverhaltes ange-

tretenen Zeugenbeweis deshalb für unerheblich erklärt, weil durch das im Wechselprozesse auf Grund eines von Do. über die Thatsache geleisteten Eides ergangene Urteil der Kammer für Handelssachen bereits rechtskräftig feststehe, daß De. sein Accept nicht nur im Auftrage des Klägers, ohne demselben damals etwas schuldig zu sein, auf den Wechsel gesetzt habe. Richtig ist nun, daß Do. im Wechselprozesse infolge der von De. vorgenommenen Eideszuschiebung einen wesentlichen Teil der für De.'s Rechtsbehelfe erheblichen Thatsachen abgeschworen hat, und daß daraufhin das erwähnte verurteilende Erkenntnis gegen De. ergangen ist; aber daraus folgt nicht, daß die betreffende Einrede durch jenes Urteil rechtskräftig verworfen ist. Von einer materiellen Rechtskraft des im Urkundenprozesse mit Vorbehalt der Ausführung der Rechte ergehenden Urteiles kann, wenn überhaupt, so doch keinesfalls in Ansehung solcher Einreden die Rede sein, welche dort nur wegen mißlungenen Beweises verworfen sind, und zwar auch nicht in dem Falle, wo der Kläger den etwa zugeschobenen Eid abgeleistet hat, wie vom Reichsgerichte schon ausgeführt ist in den Entscheidungen in Civilsachen Bd. 14 S. 323 flg. Eine praktische Bedeutung ist in einem Falle der letzteren Art, wie dort gleichfalls dargelegt ist, dieser Betrachtung für das ordentliche Nachverfahren freilich nur dann zuzuschreiben, wenn die in §. 428 Abs. 2 C.P.O. hervorgehobenen Voraussetzungen vorliegen. Denn allerdings behält der einmal abgeleistete Eid als solcher innerhalb desselben Prozesses auch in dem an den Urkundenprozeß sich anschließenden ordentlichen Verfahren die durch §. 428 C.P.O. bestimmte Rechtswirkung.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 399 flg. und Bd. 14 S. 219 flg.

Da nun im vorliegenden Falle die besonderen in §. 428 Abs. 2 erwähnten Voraussetzungen für die Anfechtung des Eides nicht gegeben waren, so mußte freilich aus diesem Grunde die Entscheidung des Berufungsgerichtes zunächst, jedenfalls insoweit sie das ordentliche Nachverfahren des Wechselprozesses betraf, dem §. 526 C.P.O gemäß aufrecht erhalten werden.

Diese Erwägung erledigt aber nicht ohne weiteres die Sache, insoweit es sich um den von De. in einem selbständigen, jetzt allerdings mit dem anderen verbundenen Prozesse verfolgten Anspruch auf Auslieferung des Acceptes handelt. Da der Eid von Do. vor der

Verbindung der beiden Prozesse nur in dem anderen Prozesse geleistet ist, so kommt demselben für den von De. erhobenen Klaganspruch nicht die in §. 428 C.P.O. bestimmte Bedeutung zu; etwas Entsprechendes ist vom Reichsgerichte schon in Ansehung der Bestimmung des §. 429 Abs. 2 daselbst, wenn auch nicht gerade für einen Fall nachträglicher Prozeßverbindung, in den Entscheidungen in Civilsachen Bd. 11 S. 421 flg. ausgesprochen. Insoweit konnte also der von Do. geleistete Eid in Beziehung auf die De.'sche Klage die Vernehmung der vorgeschlagenen Zeugen nicht hindern. Indessen war doch zu demselben Ergebnisse zu gelangen durch Berücksichtigung des Einflusses, welcher der rechtskräftigen Endentscheidung eines jeden der beiden Prozesse zu Gunsten des jeweiligen Klägers auf die Entscheidung des anderen, etwa noch anhängigen Prozesses auch unter Beachtung der durch §. 293 C.P.O. der Rechtskraft gesetzten Grenzen zukommen müßte. Nähme man insbesondere an, Do. ... wäre schon rechtskräftig verurteilt, das Accept dem De. herauszugeben, so würde hieraus offenbar auch nachträglich immer noch, wenn auch nicht gerade eine exceptio rei judicatae, so doch eine exceptio doli gegen die auf das Accept gestützte Wechselklage abgeleitet werden können. Im umgekehrten Falle aber, nämlich wenn die Verurteilung des De. zur Zahlung des Wechselbetrages als definitiv rechtskräftig gedacht würde, stünde sogar direkt rechtskräftig fest, daß Do. das Accept nicht sine causa habe, daß er also auch nicht aus dem Mandatsvertrage verpflichtet sei, das Accept ohne weiteres herauszugeben. Nun ist aber gerade der Prozeß über den Wechselanspruch schon zur definitiven Endentscheidung reif, weil in diesem Prozesse wegen der entgegenstehenden Eidesleistung des Do. kein weiterer Beweis über den Grund der Einrede mehr erhoben werden kann, und in diesem Prozesse ist daher mit Recht De. definitiv verurteilt worden. Wird demgemäß die Revision insoweit jedenfalls verworfen, so steht nunmehr sofort der Klage des De. in dem anderen Prozesse die aus dieser rechtskräftigen Entscheidung abzuleitende Einrede entgegen. Dieses Ergebnis ist man aber auch schon vom Standpunkte des Berufungsurteiles aus vorweg zu nehmen berechtigt, weil das Berufungsgericht davon auszugehen hatte, daß seine Entscheidung richtig sei und daher jedenfalls zur Rechtskraft gelangen werde. Dies wird besonders einleuchtend, wenn man sich den Fall denkt, das Reichsgericht verwürfe zwar, wie unumgänglich ist, die Revision in Ansehung des Wechselanspruches, hebe aber, in Verkennung

der soeben berührten Sachlage, in Ansehung des De.'schen Anspruches auf Auslieferung des Acceptes das vorige Urteil auf und verwiese die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurück: dann würde doch bei der weiteren Verhandlung vor dem letzteren sofort durch die neu entstandene Einrede aus der rechtskräftigen Entscheidung über den Wechselanspruch auch der Klaganspruch auf Auslieferung des Acceptes als erledigt erscheinen. Mithin war auch in diesem weiteren Punkte die Entscheidung des Oberlandesgerichtes nach Maßgabe von §. 526 C.P.O. aufrecht zu erhalten. Eine Unbilligkeit gegen De. ist in diesem Ergebnisse ebensowenig zu finden, wie in seiner Ausschließung mit neuen Beweisen im Nachverfahren des Wechselprozesses; er hätte eben nicht nötig gehabt, den Do. im Wechselprozesse schwören zu lassen, sondern hätte sich zunächst ohne weiteres unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte verurteilen lassen können. Umgekehrt wäre es gerade praktisch unerträglich, wenn ein Beklagter, der im Wechselprozesse erfolglos eine Einrede auf den Eid des Klägers gestellt hätte, sich den durch das Prozeßrecht gegebenen Konsequenzen dieses Verhaltens allemal durch Erhebung einer selbständigen Klage auf Rückgewähr seiner Wechselunterschrift entziehen könnte." ...

---

83. Kann ein Revisionsgrund darin gefunden werden, daß das Berufungsgericht die auf Grund von §. 139 C.P.O. beantragte Aussetzung der Verhandlung aus einem rechtsirrigen Grunde abgelehnt hat?

VI. Civilsenat. Urt. v. 7. März 1887 i. S. Sch. Ehefrau (Bekl.) w. ihren Ehemann (Kl.). Rep. IIIa. 386/86.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Gemeines Recht" Nr. 39 S. 186 abgedruckt.

---

84. Darf das Berufungsgericht, wenn es zu der Ansicht gelangt, daß dem mit einem gesetzlichen Vertreter nicht versehenen Beklagten die Prozeßfähigkeit schon zur Zeit der Klagezustellung gemangelt habe und noch mangele, das Verfahren durch Beschluß so lange aussetzen, bis der Beklagte dasselbe entweder selbst oder durch einen gesetzlichen Vertreter wieder aufnehmen kann?

VI. Civilsenat. Beschl. v. 25. April 1887 i. S. verw. M. jetzt verehel. F. (Bekl.) w. K. (Kl.) Beschw.-Rep. VI. 57/87.

Oberlandesgericht Dresden.

Geklagt ist gegen die verw. M. auf Zahlung von 5400 ℳ aus einem Vertrage vom 3. April 1885. Die Beklagte, welcher die Klage am 21. September 1885 zugestellt ist, erhob in erster Instanz die Einrede des Betruges, wurde jedoch, nachdem sie sich inzwischen wieder verheiratet hatte, nach dem Klagantrage verurteilt. Zur Rechtfertigung der Berufung machte sie u. a. geltend, daß sie bei dem Vertragsabschlusse des Gebrauches ihrer Vernunft beraubt, auch schon früher in einer Irrenanstalt gewesen sei. Das Oberlandesgericht erhob hierüber Beweis und hat demnächst am 31. März 1887 auf mündliche Verhandlung beschlossen, die weitere Sachverhandlung solange zu beanstanden, bis die Beklagte dieselbe entweder selbst oder durch einen gesetzlichen Vertreter mit rechtlichem Erfolge wieder aufnehmen kann. Dieser Beschluß ist damit begründet, daß nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme die Beklagte schon seit 1877, namentlich auch zur Zeit der Klagezustellung sowie während der ganzen Dauer des Prozesses, infolge eines Geistesgebrechens des Vernunftgebrauches beraubt und daher wegen Handlungsunfähigkeit im Sinne des §. 81 sächs. B.G.B. nach §. 50 C.P.O. prozeßunfähig gewesen sei und noch sei.

Auf Beschwerde des Klägers hat das Reichsgericht beschlossen, den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht behufs Bestimmung eines anderweiten Termines zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zurückzugeben.

Aus den Gründen:

„Die vom Kläger eingelegte Beschwerde muß nach der Vorschrift des §. 229 C.P.O. für zulässig erachtet werden, da der angefochtene

Beschluß sich seinem Inhalte nach als eine Entscheidung darstellt, durch welche die Aussetzung des Verfahrens angeordnet ist. . . .

Der Beschwerde war schon deshalb stattzugeben, weil es an einem gesetzlichen Grunde für die Aussetzung des Verfahrens mangelt. Wie das Reichsgericht bereits früher dargelegt hat, darf eine Aussetzung des Verfahrens von dem Prozeßgerichte nur in den Fällen angeordnet werden, in welchen sie nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung oder anderer Gesetze zugelassen ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 S. 402; vgl. auch Bd. 15 S. 427.

Ein derartiger Fall liegt nicht vor. Zwar sucht der angefochtene Beschluß, indem er den §. 223 C.P.O. ausdrücklich für unanwendbar erklärt, die Beanstandung der weiteren Sachverhandlung durch Bezugnahme auf den §. 54 C.P.O. zu rechtfertigen; indessen dieser Paragraph steht der Aussetzung des Verfahrens nicht zur Seite.

Aus der Bestimmung, daß der Mangel der Prozeßfähigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen ist, ergiebt sich für das Gericht die Berechtigung bezw. die Verpflichtung, in jeder Lage des Rechtsstreites das Vorhandensein der Prozeßfähigkeit der Parteien, als einer wesentlichen Prozeßvoraussetzung zu prüfen und erforderlichen Falles durch Beweiserhebung festzustellen, auf die in dieser Beziehung obwaltenden Bedenken aufmerksam zu machen (§. 130 Abs. 2 C.P.O.) und bis zur Hebung dieser Bedenken den Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteiles nach Maßgabe des §. 300 Nr. 1 C.P.O. zurückzuweisen. Auch kann das Gericht, sofern die Beseitigung des Mangels der Prozeßfähigkeit noch ausführbar erscheint, unter Umständen für diese Beseitigung eine Frist bestimmen (§. 56 Abs. 2 a. a. O.) oder die Verhandlung vertagen (§§. 206. 300. 302 a. a. O.). Dagegen gewährt die Civilprozeßordnung dem Gerichte nicht die Befugnis, wegen Mangels der Prozeßfähigkeit einer Partei, abgesehen von dem Falle der §§. 219. 223 a. a. O., das Verfahren auszusetzen, und am allerwenigsten kann die Aussetzung da statthaft erscheinen, wo das Gericht in höherer Instanz zu der Annahme gelangt, daß dem Beklagten schon zur Zeit der Klagerhebung die Prozeßfähigkeit gemangelt hat. Ist auch die Möglichkeit einer Heilung dieses Mangels durch nachträgliche Genehmigung der Prozeßführung von seiten der Partei nicht ausgeschlossen (§§. 513 Nr. 5. 542 Nr. 4. 549 Abs. 3, vgl. auch §. 85 C.P.O.), so läßt sich doch daraus

nicht der Schluß ziehen, daß auf diese bloße Möglichkeit hin ohne oder gar wider den Willen der Parteien der Fortgang des Verfahrens auf unbestimmte Zeit, wie es durch den angefochtenen Beschluß geschehen ist, gehemmt werden dürfe.

Welche rechtlichen Folgen sich ergeben, wenn der Kläger die Klage von vornherein gegen eine prozeßunfähige und mit einem gesetzlichen Vertreter nicht versehene Person gerichtet hat, ohne vorher die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters oder gemäß §. 55 C.P.O. eines besonderen Prozeßvertreters herbeigeführt zu haben, kann, namentlich im jetzigen Stadium des Prozesses, nur durch Urteil entschieden werden. Auf den Erlaß eines solchen Urteiles hat insbesondere auch der Kläger, nachdem seine Klage formell gültig zugestellt worden, ebenso hier wie bei der Geltendmachung der mangelnden Prozeßfähigkeit im Wege der Einrede (§. 247 Nr. 6 C.P.O.), einen Anspruch, welcher ihm durch eine ungerechtfertigte Aussetzung des Verfahrens nicht entzogen werden kann (§. 272 C.P.O.).

Vgl. Gaupp, Civilprozeßordnung S. 183. 186; Seuffert, Civilprozeßordnung S. 65; Endemann, Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 319. 320; Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechtes Bd. 1 S. 218. 236—238."[1] ...

---

85. Hat, wenn im Falle einer eventuellen Häufung zweier selbständigen Klagen von der ersten Instanz die prinzipale Klage für begründet erachtet und demnach die eventuelle Klage unentschieden gelassen ist, das Berufungsgericht bei Abweisung der prinzipalen Klage sich auch mit der eventuellen Klage zu befassen?

III. Civilsenat. Urt. v. 29. April 1887 i. S. W. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. III. 305/86.

I. Landgericht Bückeburg.
II. Oberlandesgericht Oldenburg.

---

[1] Vgl. auch Hellmann, Lehrbuch S. 249. 623; Barazetti, Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit; Bolgiano in Busch, Zeitschrift Bd. 5 S. 184 flg.: Schwalbach im civil. Archiv Bd. 63 S. 402 flg.; Just im civil. Archiv Bd. 68 S. 316 flg. 326. D. E.

Der ohne Teſtament verſtorbene Kolon H., Eigentümer einer im Fürſtentume Schaumburg-Lippe belegenen Meierſtätte, hinterließ als ſeine Erben zwei minderjährige Töchter, von denen die älteſte, die ſpätere Ehefrau W., Anerbin der Stätte war, und eine Witwe. Letztere verheiratete ſich wieder mit dem Kolon V., welcher als Interimswirt auf die Stätte zog und zugleich auch den ganzen Allodialnachlaß zur Verwaltung erhielt gegen das Verſprechen, denſelben an die Anerbin nach Erreichung ihrer Volljährigkeit herauszugeben. Zu dem Allodialnachlaſſe gehörte ein von dem Erblaſſer angekauftes Grundſtück; dasſelbe wurde, nachdem die Anerbin die Volljährigkeit erreicht und die Stätte angetreten hatte, zwiſchen ihr, ihrer Schweſter und ihrer Mutter geteilt, ſodaß jede von ihnen ein Drittel desſelben zum Beſitze erhielt. Nachdem alsdann die Mutter, die Ehefrau V., geſtorben war und außer ihren beiden erſtehelichen Töchtern auch drei Kinder aus ihrer zweiten Ehe hinterlaſſen hatte, ſtellte die Ehefrau W. gegen den Kolon V., welcher ſich in dem Leibzuchtbeſitze des Nachlaſſes ſeiner Ehefrau befand, eine Klage an, in welcher ſie einen prinzipalen und einen eventuellen Anſpruch kumulierte. Sie forderte nämlich an erſter Stelle die Herausgabe des ſeiner Ehefrau zugeteilten Drittels des erwähnten Grundſtückes und gründete dieſen Anſpruch, unter Beſtreitung der Gültigkeit der vorgenommenen Teilung, erſtens gegen den Beklagten als Vertreter des Nachlaſſes ſeiner Ehefrau auf den angeblichen meierrechtlichen Grundſatz, daß der Erbe einer Meierſtätte beim Vorhandenſein von Nachlaßſchulden berechtigt ſei, die zugekauften Ländereien bei der Stätte zu behalten, und zweitens gegen ihn in ſeiner eigenen Perſon auf ſein erwähntes Verſprechen, ihr den Allodialnachlaß ihres Vaters bei ihrer Volljährigkeit herauszugeben. Für den Fall der Abweiſung dieſer Klage verlangte ſie als Miterbin ihrer beiden Eltern von dem Beklagten die Teilung der Nachlaſſenſchaften derſelben auf Grund eines von ihm zunächſt herzugebenden Inventares. Die erſte Inſtanz verurteilte den Beklagten nach dem prinzipalen Klagantrage und bemerkte in ihren Gründen, daß es ſonach einer Entſcheidung über den eventuellen Antrag nicht bedürfe. Auf die Berufung des Beklagten wurde dieſes Urteil aufgehoben und die Klägerin mit ihrer prinzipalen Klage, unter Verurteilung in die durch dieſelbe veranlaßten Koſten, abgewieſen; das Berufungsgericht ſagte über die — in ſeiner Urteilsformel unerwähnt gelaſſene — eventuelle Klage in ſeinen Gründen, daß es ſich nach

§. 499 C.P.O. mit der Verhandlung und Entscheidung über dieselbe nicht zu befassen habe. Die gegen dieses Urteil von der Klägerin eingelegte Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Zur eventuellen Klage wirft die Revisionsklägerin dem Berufungsgerichte vor, daß dasselbe im Falle der Abweisung der Prinzipalklage verpflichtet gewesen sei, auch in die Verhandlung und Entscheidung über diese eventuelle Klage einzutreten, da keiner der Fälle vorliege, in welchen nach §. 500 C.P.O. eine Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz statthaft sei, und daß jedenfalls dieselbe nicht mit bloßem Stillschweigen habe übergangen werden dürfen. Diese Rüge ist unbegründet. Nach Inhalt des von der Vorinstanz mit Recht angezogenen §. 499 a. a. O. sind Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichtes „alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist". Hiermit ist der Umfang des Gegenstandes der dem Berufungsgerichte zustehenden Verhandlung und Entscheidung nicht bloß positiv, sondern auch negativ festgestellt, dergestalt daß, wenn in demselben Rechtsstreite mehrere Ansprüche streitig sind und das erste Gericht nur über einen derselben entschieden hat, diejenigen Streitpunkte, welche den sonach zuerkannten oder aberkannten Anspruch nicht betreffen, auch nicht an das Berufungsgericht erwachsen sind. Nun ist zwar die von dem Revisionsbeklagten aufgestellte Meinung, daß das vorliegend durch die Berufung angefochtene erstinstanzliche Urteil ein Teilurteil sei, nicht richtig; die erste Instanz hat vielmehr, da der von ihr unentschieden gelassene Anspruch nur für den Fall der Abweisung des prinzipalen Klaganspruches erhoben war, durch die Zuerkennung des letzteren von ihrem Standpunkte aus über den ganzen Rechtsstreit endgültig entschieden. Allein der §. 499 a. a. O. bezieht sich auch keineswegs bloß auf die Anfechtung von Teilurteilen, derselbe ist vielmehr in seiner Allgemeinheit auch auf einen Fall der vorliegenden Art zur Anwendung zu bringen. In gegenwärtiger Sache nimmt nun aber die prinzipale Klage in ihrem Verhältnisse zur eventuellen Klage rechtlich eine nach Grund und Gegenstand ganz selbständige Stellung ein. Mit der prinzipalen Klage nimmt die Klägerin aus zwei

speziellen Titeln eine aus dem Nachlasse ihres Vaters sich herschreibende, nach Behauptung des Beklagten ihrer verstorbenen Mutter, seiner Ehefrau, eigentümlich zugeteilte einzelne Sache in Anspruch; die eventuelle Klage richtet sich kraft Intestaterbrechtes auf Teilung der Nachlassenschaften der beiden Eltern der Klägerin. Der prinzipale Klaganspruch möchte zwar insoweit, als derselbe auf die der Klägerin, als der Anerbin ihres Vaters, angeblich zustehenden Rechte sich stützt, auch innerhalb eines von ihr auf Teilung der Nachlassenschaft ihres Vaters angestrengten Prozesses haben geltend gemacht werden können, aber die Entscheidung über den so, wie geschehen, selbständig erhobenen Prinzipalanspruch wird durch die Frage nach der Begründetheit der eventuell angestellten Erbteilungsklage in keiner Weise berührt. Und wenn man auch etwa für einen Fall, in welchem mit einem umfassenderen prinzipalen Anspruche eventuell ein auf ein Geringeres sich richtender Anspruch unter solchen Umständen verbunden ist, daß der letztere rechtsnotwendig durch Zuerkennung des ersteren seine Erledigung finden muß und daher nur für den Fall der Aberkennung desselben Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung zu werden vermag, aus dem §. 499 a. a. O. zu folgern haben mag, daß mit dem von der ersten Instanz allein beurteilten Prinzipalanspruche zugleich auch der eventuelle Anspruch an das Berufungsgericht erwachsen sei, so ist doch im vorliegenden Falle auch ein derartiger Zusammenhang zwischen den beiden in der Klage eventuell kumulierten Ansprüchen in keiner Weise vorhanden. Die der Erbteilungsklage gegebene nur eventuelle Stellung beruht lediglich auf Willkür der Klägerin. Ob eine solche eventuelle Klagenkumulation in einem Falle, in welchem dieselbe nicht durch ein unter den erhobenen mehreren Ansprüchen bestehendes rechtliches Verhältnis bedingt, sondern bloß willkürlich beliebt worden ist, für prozessualisch zulässig zn halten sei, braucht hier nicht untersucht zu werden; jedenfalls kann ein Kläger nach Vorschrift des §. 499 a. a. O. durch diese Willkür nicht bewirken, daß, wenn das erste Gericht nach dem prinzipalen Anspruche erkannt und deshalb den eventuellen Anspruch unentschieden gelassen hat, das Berufungsgericht, wenn dasselbe abändernd den prinzipalen Anspruch verwirft, sich zugleich auf die Verhandlung und Entscheidung über den eventuellen Anspruch unter Überspringung der ersten Instanz einzulassen habe.

War hiernach die eventuelle Klage überhaupt nicht an das Be-

rufungsgericht erwachsen, so konnte dasselbe auch nicht deren Zurückverweisung an die erste Instanz verfügen. Es ist lediglich eigene Sache der Klägerin, ob sie bei dem erstinstanzlichen Gerichte eine weitere Betreibung dieser Klage unternehmen will."

---

86. Findet die Vorschrift des §. 68 Abs. 2 C.P.O. auch dann Anwendung, wenn die Zulässigkeit der Nebenintervention nicht in einem besonderen Zwischenurteile ausgesprochen, die Entscheidung vielmehr mit dem Endurteile in der Hauptsache verbunden ist?

II. Civilsenat. Urt. v. 3. Mai 1887 i. S. der Firma Ch. & Sch. (Kl.) w. F. (Bekl.) u. T. (Nebenintervv.) Rep. II. 436/86.

I. Landgericht Köln, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 26 S. 139 abgedruckt.

---

87. 1. Ist der Gerichtsvollzieher befugt, von ihm gepfändete Sachen ohne Anweisung des Gläubigers und ohne Anordnung des Gerichtes als für den Schuldner unentbehrlich wieder freizugeben?
2. Erwirbt der Gläubiger durch die Pfändung solcher Sachen, welche gesetzlich der Pfändung nicht unterworfen sind, ein Pfandrecht?
C.P.O. §§. 709. 715. 685.

IV. Civilsenat. Urt. v. 9. Mai 1887 i. S. F. (Kl.) w. L. (Bekl.) Rep. IV. 409/86.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der verklagte Gerichtsvollzieher hat am 5. September 1884 im Auftrage des Klägers wegen einer vollstreckbaren Forderung desselben an den Destillateur N. in Berlin von 1047,83 ℳ nebst Zinsen und

Kosten eine Pfändung vollstreckt, demnächst am 11. September 1884 ohne Genehmigung des Klägers und ohne Anordnung des Gerichtes eine Anzahl der gepfändeten Sachen als für den Schuldner und dessen Familie unentbehrlich freigegeben. Der Kläger behauptet, daß diese Sachen nicht zu den unentbehrlichen des §. 715 Ziff. 1 C.P.O. gehören. Er hält deshalb die Freigabe für ungerechtfertigt und fordert von dem Beklagten Ersatz des ihm durch die Freigabe entstandenen Schadens, bestehend in der Differenz zwischen dem Taxwerte der sämtlichen am 5. September 1884 gepfändeten und dem Auktionserlöse der versteigerten Sachen.

Beide Instanzen haben die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ... in Übereinstimmung mit dem Landgerichte unter Bezugnahme auf das Urteil des Reichsgerichtes vom 17. September 1883,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 233,

angenommen, die Vertretungsverbindlichkeit des Beklagten als Gerichtsvollzieher für ein Versehen sei nach den für die Staatsbeamten geltenden landrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen; sie sei daher eine subsidiäre, insofern sie nach §. 91 A.L.R. II. 10 nur alsdann stattfinde, wenn kein anderes gesetzmäßiges Mittel, wodurch den nachteiligen Folgen des vorgekommenen Versehens abgeholfen werden könnte, mehr übrig sei. Es stehe aber dem Kläger ein solches gesetzmäßiges Mittel noch offen. Denn es seien die freigegebenen Sachen, wie festgestellt wird, bis auf einige wenige noch sämtlich im Besitze des Schuldners und sie könnten somit noch jetzt gepfändet werden. In betreff der wenigen nicht mehr im Besitze des Schuldners befindlichen Pfandstücke aber sei es Sache des Klägers gewesen, ihre Entbehrlichkeit für den Schuldner und dessen Familie und damit das Versehen des Beklagten nachzuweisen. Dieser Beweis sei nicht erbracht.

Die den Ausgangspunkt dieser Entscheidung bildende Annahme einer nur subsidiären Haftung des Gerichtsvollziehers aus einem bei der Zwangsvollstreckung begangenen Versehen ist als richtig nicht anzuerkennen; vielmehr haftet der Gerichtsvollzieher, wie in der Entscheidung der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichtes vom 10. Juni 1886,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 16 S. 396,

ausgesprochen worden ist, für den Schaden, welchen er durch vertretbares Versehen bei Ausführung eines Zwangsvollstreckungsauftrages

dem Gläubiger verursacht, im Geltungsgebiete der §§. 88 flg. A.L.R. II. 10 nicht nur subsidiär.

Damit wird auch die fernere Erwägung des Berufungsgerichtes hinfällig, welche den Kläger aus dem Grunde der nur subsidiären Haftung des Gerichtsvollziehers auf eine wiederholte Pfändung derjenigen Sachen verweist, welche, obgleich von dem Beklagten nach vollstreckter Pfändung freigegeben, nach der Feststellung des Berufungsgerichtes sich noch im Besitze des Schuldners befinden.

Überdies ist diese Verweisung auf eine neue Pfändung auch an sich ebenso rechtsirrtümlich, wie in betreff der nicht mehr im Besitze des Schuldners befindlichen Sachen die Annahme, dem Kläger liege der Beweis ihrer Entbehrlichkeit ob. Beide Erwägungen beruhen auf einer Verkennung des Umfanges der Obliegenheiten des mit der Pfändung körperlicher Sachen beauftragten Gerichtsvollziehers und der Wirkungen der Pfändung. Es ist insbesondere in letzterer Beziehung nicht berücksichtigt, daß der Gläubiger durch die Freigabe gepfändeter Sachen das durch die Pfändung nach §. 709 C.P.O. daran erworbene Pfandrecht verliert, und daß schon dieser Verlust des Pfandrechtes an sich einen dem Kläger durch die Freigabe erwachsenen Schaden enthält.

Das Berufungsgericht erachtet den Gerichtsvollzieher für befugt, den Pfändungsakt dadurch zu „ergänzen", daß er zu Unrecht gepfändete, thatsächlich unentbehrliche Gegenstände nachträglich wieder freigiebt, und wie derjenige, welcher ein Versehen des Gerichtsvollziehers bei dem Pfändungsakte selbst bezw. bei der Ergänzung desselben behaupte und hieraus Rechte für sich herleiten wolle, das Versehen zu beweisen habe, so sei im vorliegenden Falle die Entbehrlichkeit der freigegebenen Pfandstücke von dem Kläger darzuthun gewesen.

Indessen schon das Auftragsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher schließt die Befugnis des letzteren aus, seinem Auftraggeber das durch die Pfändung erworbene Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande wieder zu entziehen, umsomehr, da nach §. 709 C.P.O. bei der Konkurrenz mehrerer Pfändungen das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht demjenigen vorgeht, welches durch eine spätere Pfändung begründet worden ist, eine Bestimmung, auf welche die von dem preußischen Justizminister zur Ausführung des §. 155 des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes und des §. 73 des preußischen Ausführungsgesetzes zu demselben vom 24. April 1878

erlassene Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 21. Juli 1879 (Justizministerialblatt S. 209) im §. 62 gerade wegen ihrer entscheidenden Bedeutung besonders hinweist, und an welche sie die Mahnung an die Gerichtsvollzieher knüpft, überall mit besonderer Vorsicht zu verfahren, um nicht die Interessen des Auftraggebers zu gefährden und nicht sich selbst dem Regresse wegen eines begangenen Versehens auszusetzen. Das Gesetz läßt auch keinen Zweifel darüber, daß dem Gerichtsvollzieher die Befugnis, von ihm gepfändete Sachen hinterher dem Schuldner als unentbehrlich freizugeben, nicht zusteht. Wie die Civilproceßordnung, indem sie das frühere System der Leitung des Vollstreckungsverfahrens durch die Gerichte und damit die fortwährende Kontrolle der Gerichtsvollzieher während der ganzen Dauer der Zwangsvollstreckung aufgegeben hat, genötigt war, das Verfahren der Zwangsvollstreckung in allen Teilen genau zu regeln, so begrenzt sie auch in den §§. 691. 692 nach allen Richtungen erschöpfend die Fälle, in welchen die begonnene Zwangsvollstreckung einzustellen oder zu beschränken ist und im Falle der Einstellung die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben sind. Über diese gesetzlich bestimmten Fälle hinaus ist der Gerichtsvollzieher zu einer Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln ohne Anweisung des Gläubigers (Geschäftsanweisung vom 24. Juli 1879 §§. 59. 60) nicht befugt. Die Entscheidung hierüber steht vielmehr nach §. 685 C.P.O. dem Vollstreckungsgerichte zu.

Die Freigabe gepfändeter Sachen ohne Anweisung des Gläubigers und ohne Ermächtigung des Gerichtes enthält sonach eine Zuwiderhandlung gegen das Gesetz, welche der Gerichtsvollzieher vertreten muß, weil er sie bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei der Verwaltung des Amtes eines Gerichtsvollziehers erfordert werden, hätte vermeiden können und sollen (§§. 88. 89 A.L.R. II. 10). Es bedarf auch keiner Feststellung des Grades des begangenen Versehens; denn nach §§. 88 a. a. O. hat der Beamte auf die pflichtmäßige Führung seines Amtes die „genaueste“ Aufmerksamkeit zu verwenden und nach §. 23 A.L.R. I. 3 vertritt derjenige auch ein geringes Versehen, welchen die Gesetze besonders verpflichten, vorzügliche Fähigkeiten oder Kenntnisse oder eine mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit bei einer Handlung anzuwenden. Der Beamte haftet mithin für jedes Versehen.

Vgl. die Urteile des Reichsgerichtes vom 2. November 1882 und

vom 24. September 1886, abgedruckt in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes von Rassow und Küntzel Bd. 28 S. 968 und Bd. 30 S. 137.

Hiernach ist der Beklagte für das von ihm begangene Versehen dem Kläger an sich verantwortlich.

Allein durch dieses Versehen würde ein Schade nicht erwachsen sein, wenn — wohin der von dem Beklagten erhobene Einwand geht — die freigegebenen Sachen solche sind, welche nach §. 715 C.P.O. der Pfändung nicht unterliegen. Denn nur durch eine gesetzlich zulässige Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht. Es steht daher dem Beklagten die von ihm bereits in erster Instanz erhobene Einrede zu, daß durch das von ihm begangene Versehen ein Schade nicht entstanden, weil wegen der Unzulässigkeit der Pfändung ein Pfandrecht nicht erworben sei. Die Frage, ob das ausdrückliche oder stillschweigende Einverständnis des Schuldners mit der Pfändung gesetzlich unpfändbarer Sachen ein gültiges Pfandrecht zu begründen vermag, oder ob und inwieweit die Pfändungsverbote des §. 715 C.P.O. dergestalt auf allgemeinen und öffentlichen Interessen beruhen, daß sie als absolutes Recht durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden können, und ob insoweit auch das Einverständnis des Schuldners ein gültiges Pfandrecht nicht zu begründen vermag,

vgl. Cretschmar im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 68 S. 445 flg. 459 flg.,

kann unerörtert bleiben; denn nach den Feststellungen der Vorinstanzen liegt ein solches Einverständnis nicht vor.

Dem Vorstehenden nach war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

---

88. Kann der Konkursverwalter, welcher eine vor Eröffnung des Konkurses gegen den Gemeinschuldner vollstreckte Pfändung auf Grund des §. 23 K.O. anficht, bei dem Gerichte klagen, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt ist, wenn die Klage vor dem Verkaufe der gepfändeten Sachen erhoben wird?

C.P.O. §. 690.

VI. Civilsenat. Urt. v. 9. Mai 1887 i. S. R. (Bekl.) w. K.'sche Konkursmasse (Kl.). Rep. VI. 59/87.

I. Landgericht Schweidnitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Gründe:

„Über das Vermögen der Handelsfrau J. K. zu Waldenburg wurde am 16. Februar 1886 Konkurs eröffnet. Die Beklagte hatte auf Grund eines Arrestbeschlusses vom 10. Februar 1886 am 11. dess. Mts. eine Pfändung bei der Gemeinschuldnerin vollstrecken lassen. Der Konkursverwalter ficht gegenwärtig diese Pfändung an, indem er behauptet, daß die Gläubiger dadurch benachteiligt worden seien. Die Klage ist nicht in dem allgemeinen Gerichtsstande der Beklagten, sondern im Gerichtsstande der Gemeinschuldnerin erhoben. Die Beklagte hat die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes vorgeschützt. Diese Einrede ist von dem Berufungsgerichte verworfen, indem es annimmt, daß der Gerichtsstand des §. 32 und des §. 690 C.P.O. begründet sei.

Die Revision rügt Verletzung des §. 23 K.O. und der §§. 32. 690 C.P.O.

Es kann unerörtert bleiben, ob der §. 32 C.P.O. hier Anwendung findet. Denn es ist nicht rechtsirrtümlich, daß das Berufungsgericht den Gerichtsstand des §. 690 C.P.O. als begründet angesehen hat.

Die Klägerin verlangt Freigabe der gepfändeten Sachen, indem sie bestreitet, daß der Beklagten ein Absonderungsrecht an denselben zustehe. Sie beansprucht die gepfändeten Sachen für die Gesamtheit der Konkursgläubiger. Im Interesse der Konkursmasse macht also der Verwalter ein Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung geltend, welches die Veräußerung desselben für die Beklagte hindern würde. Der §. 690 a. a. O. verlangt weiter, daß ein solches Recht von einem „Dritten", also nicht von dem Schuldner selbst geltend gemacht werde. Als ein „Dritter" muß der Konkursverwalter hier angesehen werden. Er vertritt hier nicht den Gemeinschuldner, sondern die Gesamtheit der Konkursgläubiger, indem er für deren gemeinschaftliche Befriedigung die Gegenstände in Anspruch nimmt, aus welchen die Beklagte zunächst allein vor den anderen Gläubigern wegen ihrer Forderung an den Ge-

meinschuldner befriedigt werden will. — In diesem Sinne ist bereits in dem Erkenntnisse des Reichsgerichtes vom 3. November 1880,

Seuffert, Archiv Bd. 36 Nr. 169,

entschieden.

Vgl. auch, außer dem bereits vom Berufungsgerichte angeführten Wilmowski und Levy, Kommentar zur Civilprozeßordnung 4. Aufl. S. 870: Struckmann und Koch, Civilprozeßordnung 5. Aufl. S. 754."

---

89. Welchem gegnerischen Prozeßbevollmächtigten ist die Berufungsschrift bezw. Revisionsschrift zuzustellen, wenn der Gegner im voraus zugleich mit der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für die untere Instanz auch schon einen eventuellen Prozeßbevollmächtigten für die betreffende höhere Instanz bestellt hat?

VI. Civilsenat. Urt. v. 12. Mai 1887 i. S. B. (Bekl. u. Widerkl.) w. seine Ehefrau (Kl. u. Widerbekl.). Rep. VI. 70/87.

I. Landgericht Stuttgart.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Das Berufungsgericht hatte durch ein Zwischenurteil die Berufung der Klägerin für zulässig erklärt, nachdem der Beklagte die Unzulässigkeit des Rechtsmittels aus dem Grunde behauptet hatte, weil die Berufungsschrift nicht dem von ihm für die Berufungsinstanz bereits bestellten Anwalte, sondern seinem Anwalte erster Instanz zugestellt sei; sodann war durch Endurteil des genannten Gerichtes das Urteil erster Instanz zu Gunsten der Klägerin abgeändert worden. Auf die vom Beklagten gegen das Endurteil des Berufungsgerichtes eingelegte Revision hob das Reichsgericht jenes Zwischenurteil sowie das Endurteil auf und verwarf in der Sache selbst die Berufung der Klägerin als unzulässig, mit folgenden

Gründen:

... „Das Oberlandesgericht hat durch die Zulassung der Berufung gegen den §. 164 Abs. 1 C.P.O. verstoßen, da die Berufungsschrift nicht dem vom Beklagten für die Berufungsinstanz im voraus bestellten Prozeßbevollmächtigten, Rechtsanwalt St., sondern dem beklagtischen

Prozeßbevollmächtigten erster Instanz, Rechtsanwalt G., zugestellt worden war. Die Bestellung des Rechtsanwaltes St. war am 12. März 1886 geschehen durch Ausstellung einer gemeinsamen schriftlichen Prozeßvollmacht für ihn und den Rechtsanwalt G., die von dem letzteren an demselben Tage zu den Gerichtsakten des Landgerichtes abgegeben wurde und in welcher speziell bestimmt war, daß, insoweit dieser Rechtsstreit beim Landgerichte Stuttgart zu führen sei, Rechtsanwalt G., insoweit er beim Oberlandesgerichte daselbst zu führen sei, Rechtsanwalt St. Prozeßbevollmächtigter sein solle. Dem Wortlaute zufolge verlangt nun der §. 164 Abs. 1 C.P.O. als Voraussetzung dafür, daß die Rechtsmittelschrift dem für die höhere Instanz vom Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden müsse, überhaupt weiter nichts, als daß dieser eben bestellt sei, und im Sinne der Civilprozeßordnung gehört zur „Bestellung" des Prozeßbevollmächtigten noch keineswegs die betreffende Mitteilung an den Gegner.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 14 S. 351.

Aber allerdings kommt nach der Natur der Sache im wahren Sinne der erwähnten Prozeßvorschrift nur ein solcher Prozeßbevollmächtigter der höheren Instanz dabei in Betracht, von dessen Bestellung der Gegner oder dessen Prozeßbevollmächtigter weiß oder doch wissen mußte.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 360, Bd. 9 S. 347, Bd. 14 S. 350 flg. 374 flg., Bd. 16 S. 355.

Hier jedoch mußte der klägerische Anwalt erster Instanz von der Bestellung des Rechtsanwaltes St. wissen, da ihm eine beglaubigte Abschrift der Vollmacht durch den Rechtsanwalt G. sofort mitgeteilt war; wenn er etwa die Echtheit der Unterschrift des Beklagten auf der Urschrift bezweifelt und insofern von der Vollmacht noch keine sichere Kunde gehabt haben sollte, so wäre es seine Sache gewesen, die Urschrift in den Gerichtsakten einzusehen und sich Gewißheit über die Echtheit zu verschaffen, bezw. weitere Nachweise zu verlangen. Im übrigen setzt die Civilprozeßordnung eben voraus, daß ein Anwalt für die zweite Instanz mit der im §. 164 Abs. 1 vorgesehenen Wirkung schon vor Einlegung der Berufung im voraus bestellt werden könne; daß diese Bestellung nicht schon vor Beendigung des Verfahrens erster Instanz geschehen könne, deutet das Gesetz in keiner Weise an.

Vgl. auch Entscheidung des Reichsgerichtes in der Sache Rep. II. 224/85, mitgeteilt in der Juristischen Wochenschrift Jahrg. 14

S. 353 flg., und ferner Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 14 S. 350 flg.

Wenn aber das Oberlandesgericht in der Mitteilung der Vollmacht während des Laufes der ersten Instanz noch keine genügende Hinweisung darauf findet, daß der Beklagte der Klägerin damit den zum voraus für die Berufungsinstanz bestellten Prozeßbevollmächtigten als solchen vorgestellt haben wolle, so trifft das deshalb nicht zu, weil eine solche besondere Vorstellung eben kein formelles Erfordernis der Anwaltsbestellung, bezw. keine gesetzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bestimmung des §. 164 Abs. 1 C.P.O. ist. Es heißt daher dem gegnerischen Anwalte erster Instanz nicht zu viel zumuten, wenn man verlangt, daß er sich die ihm, gleichviel in welchem Stadium des Prozesses, zur Kenntnis gekommene Bestellung eines Anwaltes für die etwaige Berufungsinstanz merke und dem etwa von ihm verschiedenen Prozeßbevollmächtigten seiner Partei für die zweite Instanz rechtzeitig mitteile. ... Insofern kommt es zwar speziell auf die Kunde des zustellenden Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz davon an, daß auch der Gegner schon einen Prozeßbevollmächtigten für diese Instanz bestellt habe, als jener dann gültig die Rechtsmittelschrift dem gegnerischen Prozeßbevollmächtigten der vorigen Instanz zustellt, wenn nicht nur er selbst ohne seine Schuld noch nichts von der Bestellung des gegnerischen Bevollmächtigten für die höhere Instanz weiß, sondern auch seine Partei und deren Prozeßbevollmächtigter der vorigen Instanz erst so spät in die Lage kamen, von dieser Bestellung zu erfahren, daß es ihnen nicht als Schuld angerechnet werden kann, daß sie ihren Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz noch nicht davon unterrichtet hatten; hieraus erklären sich die Entscheidungen des Reichsgerichtes in den Entscheidungen in Civilsachen Bd. 5 S. 360 und Bd. 9 S. 347 flg. Allein im gegenwärtigen Falle kann von einer solchen Sachlage gar nicht die Rede sein, da die hier in Rede stehende Anwaltsbestellung schon unmittelbar nach dem 12. März 1886 dem klägerischen Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz mitgeteilt worden war." ...

90. 1. Wird eine gepfändete Forderung dadurch aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden und auf den Gläubiger übertragen, daß sie diesem zur Einziehung überwiesen wird?

2. Wird das in §. 709 C.P.O. vorgesehene Pfändungspfandrecht durch in Elsaß-Lothringen geltende landesrechtliche Vorschriften über die Verteilung eines Benefiziarnachlasses derart ausgeschlossen, daß schon vor Erhebung des in Art. 990 der früheren Civilprozeßordnung vorgesehenen Einspruches ein Pfändungspfandrecht nicht erworben werden kann?

C.P.O. §§. 709. 736. 737.
Einführungsgesetz zur C.P.O. §. 15.
Code civil Artt. 808. 2146.
Code de procédure civile Art. 990.

II. Civilsenat. Urt. v. 10. Juni 1887 i. S. G. (Kl.) w. M. u. Gen. (Bekl.) Rep. II. 29/87.

I. Landgericht Metz.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

Die Beklagten haben gegen den Benefiziarerben ihres Schuldners B. im Jahre 1880 die Pfändung einer zur Benefiziarmasse gehörigen Forderung erwirkt und sich diese Forderung zur Einziehung überweisen lassen, den von dem Drittschuldner angebotenen Betrag der Schuld jedoch nicht erhoben. Im Jahre 1883 wurde sodann vom Kläger ein weiterer Pfändungsbeschluß erwirkt und bei dem Amtsgerichte ein Verteilungsverfahren beantragt. In dem vorläufigen Verteilungsplane wurde der vom Drittschuldner hinterlegte Betrag den Beklagten zugewiesen, weil diesen nach §. 709 Abs. 3 C.P.O. der Vorrang vor den später pfändenden Gläubiger zustehe. Nachdem Kläger Widerspruchsklage erhoben hatte mit dem Antrage, den Teilungsplan dahin abzuändern, daß die Masse unter die Gläubiger nach Verhältnis ihrer Forderungen verteilt werde, wurde vom Landgerichte Metz der Teilungsplan aufgehoben und im Sinne der Klage erkannt, weil nach §. 15 Ziff. 1 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung die Verteilung eines Benefiziarnachlasses nach den Vorschriften der Landesgesetze zu erfolgen habe, nach Art. 990 der französischen Civilprozeßordnung, der noch in Geltung stehe, aber die Verteilung des Kaufpreises aus den

beweglichen Nachlaßgegenständen unter die opponierenden Gläubiger nach Verhältnis ihrer Forderungen stattfinde und dem von den Beklagten beanspruchten Pfändungspfandrechte Art. 808 Code civil im Wege stehe. Auf Berufung der Beklagten wurde das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Auch das Berufungsgericht hat angenommen, daß von einem Pfändungspfandrechte nicht die Rede sein könne und nur deshalb die Klage abgewiesen, weil den Beklagten infolge der zu ihren Gunsten bewirkten Überweisung der Forderung zur Einziehung, welche nach §. 737 C.P.O. den gleichen Wert habe, wie eine vom Schuldner erteilte Ermächtigung zur Erhebung der Forderung ein Vorzugsrecht bezüglich der Forderung zustehe.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„1. Soweit das Berufungsgericht ausgeführt hat, der Beklagte habe deshalb, weil ihm die gepfändete Forderung zur Einziehung überwiesen worden sei, ein erworbenes Recht auf die den Gegenstand des Verteilungsverfahrens bildende Summe, welche vom Augenblicke der Überweisung an nicht mehr zur Benefiziarmasse gehört habe, erscheinen die vom Revisionskläger erhobenen Angriffe als begründet. Durch die Überweisung zur Einziehung wird nach §. 736 C.P.O. die gepfändete Forderung nicht aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden. Vielmehr tritt eine Übertragung der Forderung auf den gepfändeten Gläubiger nach dieser Vorschrift nur dann ein, wenn sich der pfändende Gläubiger die Forderung an Zahlungsstatt überweisen läßt. Durch die Überweisung zur Einziehung wird der pfändende Gläubiger nur ermächtigt, die gepfändete Forderung namens des Schuldners einzuziehen und sich dadurch Befriedigung zu verschaffen. Derselbe hat nicht die Stellung eines Cessionares, sondern diejenige eines gesetzlichen Mandatares des Schuldners (procurator in rem suam). Erst durch die Einziehung der ihm überwiesenen Forderung wird der erwähnte Gläubiger befriedigt. Bis zur Einziehung ist der Schuldner, dessen Forderung gepfändet wurde, als der Forderungsberechtigte anzusehen. Durch §. 737 C.P.O., auf den das Berufungsgericht bezug genommen hat, wird lediglich die Legitimation des Gläubigers zur Einklagung der Forderung geregelt. Aus dieser Vorschrift kann daher nicht, wie es

das Berufungsgericht gethan hat, gefolgert werden, daß auch durch die Überweisung zur Einziehung die gepfändete Forderung aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden werde und auf den pfändenden Gläubiger übergehe. Diese Wirkung würde übrigens auch eine vom gepfändeten Schuldner erteilte Ermächtigung zur Einziehung der Forderung, welcher das Berufungsgericht die gerichtliche Überweisung zur Einziehung gleichstellt, nicht haben, da eine solche Anweisung eine förmliche Übertragung der Forderung nicht enthält.[1]

Da hiernach diejenigen Ausführungen, durch welche das Berufungsgericht die Aufhebung des landgerichtlichen Urteiles zu begründen versuchte, als rechtsirrtümlich erscheinen, müßte der Revision Folge gegeben werden, wenn sich die angefochtene Entscheidung nicht aus anderen Gründen als richtig darstellen würde. Dies ist aber der Fall und sonach die Anwendung des §. 526 C.P.O. geboten.

2. Der erste Richter, dessen Ausführungen in dieser Richtung vom Oberlandesgerichte gebilligt wurden, ist von der Auffassung ausgegangen, nach den landesgesetzlichen Vorschriften über die Befriedigung der Gläubiger und die Verteilung des Erlöses aus einer von dem Benefiziarerben vorgenommenen Mobiliarversteigerung (Art. 808 Code civil und Art. 990 der früheren Civilprozeßordnung), welche nach §. 15 Ziff. 3 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung noch maßgebend seien, habe die Verteilung des Erlöses unter die opponierenden Gläubiger nach Verhältnis ihrer Forderungen (par contribution) stattzufinden und könne deshalb ein Pfändungspfandrecht, wie es §. 709 C.P.O. vorsehe, nicht berücksichtigt werden. Diese Auffassung erscheint jedoch nicht als zutreffend. Nach §. 15 Ziff. 3 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung bleiben allerdings die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren unberührt. Wenn das in Elsaß-Lothringen geltende Landesrecht eine Bestimmung des Inhaltes enthielte, daß nach der Eröffnung einer unter der Rechtswohlthat des Inventares angenommenen Erbschaft oder nach der Annahme derselben kein Gläubiger mehr ein Vorzugsrecht erwerben könne, so würde hiernach, ungeachtet der Vorschrift in §. 709 C.P.O., durch Pfändung an

[1] Vgl. hierzu Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 11 S. 49 flg. besonders S. 50. 51; Seuffert, Archiv Bd. 38 S. 111. 370, Bd. 41 S. 469; Struckmann-Koch, §. 736 Nr. 3; Wilmowski-Levy, ebendas. Nr. 1; Seuffert, ebendas. Nr. 5; Petersen, §. 736 Bem. II und IV S. 1024. 1026. D. E.

den gepfändeten zur Benefiziarmasse gehörigen Gegenständen ein Pfandrecht nicht erworben werden können. Eine allgemeine Vorschrift dieser Art besteht aber nicht. Nach Art. 808 Code civil kann der Benefiziarerbe, solange Einspruch hiergegen von einem Gläubiger nicht erhoben worden ist, die vorhandenen Gläubiger und Vermächtnisnehmer in der Ordnung bezahlen, in welcher sie sich melden. Nur für den Fall, daß ein solcher Einspruch erhoben worden ist, schreibt der jetzt noch geltende Art. 990 der früheren Civilprozeßordnung vor, der Kaufpreis sei unter diejenigen Gläubiger, welche Einspruch erhoben hätten, nach Verhältnis ihrer Forderungen zu verteilen. Aus dieser letzteren Vorschrift kann sonach höchstens gefolgert werden, daß ein Pfändungspfandrecht nicht erworben werden könne, nachdem von einem Gläubiger Einspruch erhoben worden ist. Dagegen ergiebt sich aus dieser Vorschrift nicht, daß schon von Eröffnung der Erbschaft ab, obgleich jeder Gläubiger in der Lage ist, ohne Rücksicht auf die übrigen Gläubiger vollständige Befriedigung zu verlangen, durch die Pfändung das in §. 709 C.P.O. vorgesehene Pfandrecht nicht erworben werden könne. Nach dem vor Einführung der Civilprozeßordnung geltenden Rechte hatte die Frage, ob sich ein Gläubiger auf dem Wege der Zwangsvollstreckung ein Vorzugsrecht vor den übrigen Gläubigern verschaffen könne, eine praktische Bedeutung nicht, da die Pfändung ein Pfandrecht nicht gewährte. Da aber jetzt die Civilprozeßordnung den pfändenden Gläubiger ein solches Pfandrecht einräumt, muß, sofern eine Pfändung bezüglich der Benefiziarmasse in zulässiger Weise erfolgt und in Ermangelung eines Widerspruches ihre Wirksamkeit behält, derselben auch die ihr nach §. 709 C.P.O. zukommende Wirkung insoweit zugestanden werden, als nicht durch eine ausdrückliche landesgesetzliche Vorschrift die Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß ein Gläubiger sich ein Vorzugsrecht verschaffe. Eine solche Bestimmung enthalten aber die oben erwähnten Vorschriften jedenfalls nicht für denjenigen Zeitraum, der vor der Erhebung eines Einspruches liegt. Als die von dem Beklagten erwirkte Pfändung erfolgte, auf welche derselbe sein Pfändungspfandrecht stützt, war aber nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen vonseiten des Klägers oder eines anderen Gläubigers Einspruch noch nicht erhoben worden. Das Landgericht Metz hat sich nun allerdings noch auf die Vorschrift im Art. 2146 Code civil berufen, nach welcher die Einschreibung eines Vorzugs- oder Unterpfandsrechtes, sofern dieselbe

nach Eröffnung einer unter der Rechtswohlthat des Inventares angenommenen Erbschaft bewirkt wurde, den übrigen Gläubigern gegenüber unwirksam ist, und will hieraus den allgemeinen Grundsatz ableiten, daß mit Eröffnung einer Benefiziarerbschaft das Rangverhältnis unter sämtlichen Gläubigern endgültig festgestellt und eine Änderung desselben durch einseitiges Vorgehen eines derselben ausgeschlossen sei. Aber aus der erwähnten — übrigens auch keineswegs auf einem klaren gesetzgeberischen Motive beruhenden — Vorschrift, welche sich lediglich auf die durch Einschreibung zu wahrenden Vorzugsrechte an Liegenschaften bezieht, darf nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß auch, soweit es sich um die Verteilung des Erlöses von Mobilien handelt, ein Vorzugsrecht nicht erworben werden könne. Vielmehr gelten in dieser Beziehung die oben erwähnten Vorschriften. Nach diesen entsteht aber ein Anspruch auf gleichmäßige Verteilung des Erlöses jedenfalls erst durch die Erhebung des Einspruches und verliert ein vor derselben in wirksamer Weise erlangtes Pfändungspfandrecht ebensowenig dadurch seine Bedeutung, daß nachträglich Einspruch erhoben wird, als eine vor dem Einspruche geleistete Zahlung. Hiernach stellt sich die vom Berufungsgerichte getroffene Entscheidung aus den dargelegten Gründen als richtig dar, und war deshalb die Revision zurückzuweisen."

---

91. 1. Ist über den Antrag des Gläubigers, ihn zu ermächtigen, die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen und den Schuldner zur Vorausbezahlung der Kosten zu verurteilen, durch Beschluß oder durch Urteil zu entscheiden?

C.P.O. §§. 773. 776.

2. Kann der Widerspruch gegen einen vom Amtsgerichte verfügten Sicherheitsarrest auch vor dem Landgerichte erhoben, kann letzteres durch Prorogation zuständig werden, findet eventuell §. 10 C.P.O. Anwendung?

II. Civilsenat. Urt. v. 14. Juni 1887 i. S. Sch. (Bekl.) w. die Gemeinde N. (Kl.) Rep. II. 19/87.

I. Landgericht Straßburg.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

Die Entscheidung ist oben unter „Rheinisches Recht" Nr. 76 S. 356 abgedruckt.

---

92. Ist die Beweisgebühr voll oder nur zur Hälfte zu erheben, wenn der Schwurpflichtige die Eidesleistung verweigert?

Gesetz vom 29. Juni 1881 Art. 1 Nr. 1.

VI. Civilsenat. Beschl. v. 7. Juli 1887 i. S. St. (Kl.) w. F. (Bekl.) Beschw.-Rep. VI. 100/87.

I. Oberlandesgericht Dresden.

Aus den Gründen:

„Durch Urteil des Oberlandesgerichtes vom 28. Dezember 1886 war dem Kläger ein ihm von dem Beklagten zugeschobener Eid auferlegt worden. In dem Verhandlungstermine vom 4. April 1887 erklärte der Kläger, daß er die Leistung des Eides verweigere. Das Berufungsgericht hat für die Anordnung der Beweisaufnahme die volle Beweisgebühr angesetzt und die hiergegen von dem zahlungspflichtigen Kläger eingelegte Erinnerung als unbegründet zurückgewiesen. Über diesen Beschluß führt der Kläger Beschwerde, er glaubt die Beweisgebühr nur zur Hälfte zahlen zu müssen und verweist deshalb auf Art. 1 Nr. 1 des Reichsgesetzes vom 29. Juni 1881.

Der Ansicht des Berufungsgerichtes, daß die angeordnete Beweisaufnahme stattgefunden habe, daß demnach hier die Voraussetzung des ersten Absatzes der angezogenen Vorschrift nicht vorliege, war indessen beizustimmen. Bei dem Beweise durch Eid besteht die Beweisaufnahme nicht bloß in der Abnahme des Eides; vielmehr ist der Beweis auch in dem Falle für aufgenommen zu achten, wenn der Schwurpflichtige die Leistung des ihm zuerkannten Eides verweigert. Denn die Weigerung führt das Gelingen des vom Prozeßgegner unternommenen Beweises herbei, und zwar durch die Anwendung des gewählten Beweismittels. Indem das Gericht der Partei einen Eid auferlegt, nötigt es dieselbe dazu, den Eid entweder zu leisten oder zu verweigern. In beiden Fällen erfolgt die Beweisführung durch den Eid. Für den ersten Fall gilt die Beweisregel des §. 428 Abs. 1 C.P.O., für den zweiten die Regel des §. 429 Abs. 2 C.P.O. und gerade daraus, daß der Richter im Weigerungsfalle nach der zuletzt erwähnten Regel zu entscheiden hat, ergiebt sich, daß die Eidesweigerung einen Bestandteil der Beweisaufnahme bildet. Wird der Eid verweigert, so fällt das Beweismittel nicht etwa weg, wie beispielsweise dann, wenn der Schwurpflichtige

stirbt; sondern es wird davon Gebrauch gemacht und infolge dessen hat nunmehr das Gegenteil der Thatsache, welche beeidet werden sollte, für voll bewiesen zu gelten. Als Zugeständnis des Gegenteiles der zu beschwörenden Thatsache, welches die Beweiserhebung entbehrlich machte (§. 261 C.P.O.), kann die Verweigerung des Eides nicht behandelt werden, schon darum nicht, weil sie nicht, wie das Geständnis, einen Widerruf zuläßt. An die einmal erklärte Weigerung bleibt der Schwurpflichtige gebunden; der Beweis, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache unwahr, und daß seine Weigerungserklärung durch einen Irrtum veranlaßt sei, ist ihm nicht zu gestatten.

Der Beschwerdeführer beruft sich demnächst noch auf den zweiten Absatz der Nr. 1 des Art. 1 des Gesetzes vom 29. Juni 1881. Diese Vorschrift soll Anwendung finden, weil die Verweigerung des Eides zugleich einen Verzicht des Schwurpflichtigen auf das Beweismittel enthalte. Der zweite Absatz trifft jedoch den gegenwärtigen Fall überhaupt nicht. Unter den Worten „Entscheidung auf Grund eines Verzichtes" ist nur die Klagabweisung auf Grund eines Verzichtes auf den Klaganspruch (§. 277 C.P.O.), nicht eine Entscheidung auf Grund sonstiger Verzichte zu verstehen.

Sonach konnte die Beschwerde keinen Erfolg haben."

---

93. Setzt die Bestimmung des §. 411 C.P.O. voraus, daß eine Beweisaufnahme stattgefunden habe?

I. Civilsenat. Urt. v. 19. Juni 1886 i. S. L. Konkursmasse (Bekl.) w. L. & A. (Kl.) Rep. I. 163/86.

I. Handelskammer Stralsund.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 33 S. 161 abgedruckt.

---

94. An welchen Beamten der Staatsanwaltschaft hat in dem von dem Entmündigten gegen den Staatsanwalt behufs der Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses erhobenen Rechtsstreite die Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen der Entmündigte ein Rechtsmittel einlegen will, zu erfolgen?

IV. Civilsenat. Urt. v. 16. Mai 1887 i. S. R. (Kl.) w. Staatsanw. (Bekl.) Rep. IV. 10/87.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der wegen Geisteskrankheit entmündigte Kläger focht den seine Entmündigung aussprechenden amtsgerichtlichen Beschluß durch Klage gegen den Staatsanwalt an, unterlag aber in beiden Vorinstanzen. Seine durch Zustellung der Revisionsschrift an den Ersten Staatsanwalt des Landgerichtes eingelegte Revision wurde wegen Unwirksamkeit dieser Zustellung verworfen.

Aus den Gründen:

„Nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Anfechtung eines die Entmündigung einer Person aussprechenden amtsgerichtlichen Beschlusses (§§. 605 flg.) ist das Anfechtungsverfahren den Vorschriften des ordentlichen Prozesses, soweit das Gesetz nicht besondere Abweichungen vorschreibt oder solche aus der Natur der Sache sich ergeben, unterworfen. Damit aber das Verfahren in den Formen des ordentlichen Rechtsstreites sich bewegen kann, hat das Gesetz Bestimmungen darüber gegeben, wer als Kläger das Verfahren anhängig zu machen befugt ist, und wer in demselben die Rolle des Beklagten zu übernehmen hat. Nach diesen Vorschriften ist der Entmündigte zur Klagerhebung befugt (§. 605 a. a. O.). Anzustellen aber ist die Klage von dem Entmündigten gegen den Staatsanwalt (§. 607 a. a. O.). Da für die Klage das Landgericht ausschließlich zuständig ist, in dessen Bezirke das Amtsgericht, von dem die Entmündigung ausgesprochen worden, seinen Sitz hat, so kann unter dem Staatsanwalte, gegen den die Klage zu richten ist, nur der Erste Staatsanwalt jenes Landgerichtes (§. 143 G.V.G.) verstanden werden. Allein die amtliche Wirksamkeit des Ersten Staatsanwaltes bei dem Landgerichte besteht nach den Bestimmungen, welche für die Ausübung des Amtes der Staatsanwalt-

schalt im §. 143 G.V.G. gegeben sind, nicht für das ganze Anfechtungsverfahren; der Erste Staatsanwalt ist vielmehr die Gegenpartei des Entmündigten nur so lange, als das Verfahren behufs Anfechtung der Entmündigung bei dem Landgerichte schwebt. Gelangt die Sache in den zweiten Rechtsgang, wird sie also bei dem Oberlandesgerichte anhängig, so tritt derjenige Beamte, der das Amt der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgerichte ausübt (§. 143 Nr. 2 G.V.G.), also der Oberstaatsanwalt bei diesem Gerichte, als Gegenpartei des Entmündigten in den Rechtsstreit ein. Die amtliche Wirksamkeit des Oberstaatsanwaltes aber ist auf den zweiten Rechtsgang beschränkt. Wird der dritte beschritten, so liegt dem Beamten, welcher das Amt des Staatsanwaltes bei dem Reichsgerichte ausübt (§. 143 Nr. 1 G.V.G.), also dem Oberreichsanwalte, die Übernahme der Rolle der Gegenpartei des Entmündigten ob. Hieraus ergiebt sich weiter, daß die amtliche Thätigkeit der Staatsanwaltschaft bei dem Gerichte des betreffenden Rechtszuges dann aufhört, wenn die Sache an das Gericht eines anderen Rechtszuges gelangt. Als derjenige Rechsvorgang aber, mit welchem die Sache an das zur Entscheidung über ein eingelegtes Rechtsmittel berufene Gericht gebracht wird, ist die Einlegung des Rechtsmittels bei diesem Gerichte anzusehen. Und da derjenige Beamte, von welchem bei dem Gerichte das Amt der Staatsanwaltschaft ausgeübt wird, durch sein Amt berufen ist, die Rolle der Gegenpartei bei dem fraglichen Gerichte zu übernehmen, so folgt, daß die Revision gegen ein Berufungsurteil von dem Entmündigten durch Zustellung der Revisionsschrift an denjenigen Beamten, der bei dem Reichsgerichte das Amt der Staatsanwaltschaft auszuüben hat, also an den Oberreichsanwalt, eingelegt werden muß. Diese Auffassung der Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft als der Gegenpartei des Entmündigten im Anfechtungsprozesse befindet sich in Übereinstimmung mit dem Rechtsgedanken des §. 164 C.P.O., nach welcher Vorschrift der Schriftsatz, durch dessen Zustellung ein Rechtsmittel eingelegt wird, in erster Reihe an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten zuzustellen ist. Der Staatsanwalt ist allerdings kein von dem Gegner des Entmündigten bestellter Prozeßbevollmächtigter. Allein der Rechtsgrund, aus welchem im Falle des §. 164 a. a. O. der für die höhere Instanz von der Partei bestellte Prozeßbevollmächtigte durch diese Bevollmächtigung als die Person hingestellt wird, an welche die Zustellung

des Schriftsatzes, durch die das Rechtsmittel eingelegt werden soll, ausschließlich mit rechtlicher Wirkung erfolgen kann, ist auch in dem Falle gegeben, in welchem das Gesetz einen bestimmten Beamten dazu berufen hat, in einem Prozeßverfahren vor einem bestimmten Gerichte einer bestimmten Partei gegenüber die Rolle der Gegenpartei zu übernehmen. Aus dem für beide Fälle vorliegenden gleichen Rechtsgrunde ist also unter Gleichstellung des durch sein Amt zur Übernahme der Parteirolle berufenen Beamten mit dem von der Partei bestellten Prozeßbevollmächtigten der für den jeweiligen Rechtsgang zur Ausübung des Amtes der Staatsanwaltschaft berufene Beamte als diejenige Person anzusehen, an welche allein die Zustellung des Schriftsatzes, durch die das Rechtsmittel eingelegt, der fragliche Rechtsgang beschritten werden soll, wirksam geschehen kann." [1]

---

[1] In einem von der Staatsanwaltschaft behufs Nichtigkeitserklärung einer Ehe erhobenen Rechtsstreite hat der IV. Civilsenat des Reichsgerichtes in dem Urteile vom 30. Juni 1887 (Rep. IV. 57/87) den in dem obigen Erkenntnisse angenommenen Grundsatz betreffs der Vertretung der Staatsanwaltschaft ebenfalls für maßgebend erachtet und danach die Frage entschieden, welcher Beamte der Staatsanwaltschaft zur Einlegung der Revision befugt sei.

Aus den Gründen:

„Die eine Klage auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe nach §. 586 C.P.O. erhebende Staatsanwaltschaft nimmt die Stellung als Partei mit denselben durch ihre Organisation bedingten und gesetzlich geregelten Befugnissen ein, wie solche von ihr als Partei, sei es als Klägerin oder als Beklagte, in einem die Anfechtung eines Entmündigungsbeschlusses betreffenden Verfahren auszuüben sind, und die Folgen, welche aus §. 143 G.V.G. für die Verteilung der Parteirolle unter die verschiedenen Behörden der Staatsanwaltschaft nach dem Instanzenzuge abgeleitet werden müssen, greifen bei Klagen der vorliegenden Art ebenso Platz, wie bei den Entmündigungsanfechtungen. Die — hierauf bezügliche — Ausführung in dem Revisionsurteile vom 16. Mai 1887 ist daher für die Vertretung der Staatsanwaltschaft in den verschiedenen Instanzen auch in dem vorliegenden Prozesse maßgebend und danach der Oberreichsanwalt ausschließlich derjenige Beamte, welcher in eigener Person oder durch einen der ihm beigeordneten Reichsanwälte (§. 145 G.V.G.) in diesem Prozesse für die Revisionsinstanz die Befugnisse der Staatsanwaltschaft auszuüben und die Rolle einer Partei zu übernehmen befugt ist. Die Einlegung des Rechtsmittels gehört zum Betriebe der höheren Instanz, wie ebenfalls in dem Urteile vom 16. Mai 1887 allgemein ausgesprochen ist, und es ist unerheblich, daß es sich dort um die Zustellung der Revisionsschrift an die Staatsanwaltschaft als Revisionsbeklagte gehandelt hat, während hier der Oberstaatsanwalt als Revisionskläger die Revision eingelegt hat. Mag der Oberstaatsanwalt

95. Wird durch Geltendmachung einer Gegenforderung im Wege der Kompensationseinrede die Rechtshängigkeit der Gegenforderung begründet?

III. Civilsenat. Urt. v. 20. Mai 1887 i. S. K. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. III. 84/87.

I. Landgericht Osnabrück.
II. Oberlandesgericht Celle.

Obige Frage ist übereinstimmend mit der Ansicht des zweiten Civilsenates auch vom dritten verneint worden aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter hat die Klage auf die vom Beklagten erhobene Einrede der Rechtshängigkeit abgewiesen, weil der Kläger die jetzt von ihm eingeklagte Forderung in einem früher vom Beklagten als Kläger gegen ihn erhobenen Prozesse eventuell compensando geltend gemacht hatte. Der Berufungsrichter geht davon aus, daß durch Vorschützung der Kompensationseinrede die Rechtshängigkeit des compensandum begründet werde und dieses daher in Gemäßheit des §. 235 C.P.O. während der Dauer der Rechtshängigkeit nicht eingeklagt werden könne. Mit Recht macht der Revisionskläger geltend, daß das Urteil in dieser Beziehung auf einer irrigen Auslegung der einschlägigen Bestimmungen der Civilprozeßordnung beruhe.

Eine unzweideutige und prinzipielle Entscheidung der sehr bestrittenen Frage giebt die Civilprozeßordnung allerdings nicht. Der §. 235 a. a. O. behandelt die Wirkung der Klagerhebung (§§. 230. 461. 471), stellt als solche die „Rechtshängigkeit der Streitsache" fest und bestimmt im einzelnen deren prozessualische Folgen im Gegensatze zu den materiell-rechtlichen (§. 239). Dieselben Wirkungen legt §. 633 a. a. O. für das Mahnverfahren der Zustellung des Zahlungsbefehles bei. Die

derjenige sein, welcher durch das Berufungsurteil beschwert worden ist, so folgt hieraus für ihn nicht das Recht, einen Prozeßakt vorzunehmen, zu welchem ausschließlich der Oberreichsanwalt berufen ist, und seine Sache ist es, wenn er die Revisionsinstanz zu beschreiten Veranlassung findet, die erforderlichen Anträge bei der für die Geschäfte beim Reichsgerichte eingesetzten staatsanwaltlichen Behörde zu stellen, damit diese den Prozeß bei dem Reichsgerichte in Gang bringt und die Revision nach Vorschrift der §§. 514 flg. C.P.O. einlegt." D. E.

Klagerhebung ist es also, welche die Rechtshängigkeit begründet. Daß diese aber auch im Laufe des Prozesses entstehen kann, bezeugt, abgesehen von dem einen singulären Fall behandelnden §. 467 Abs. 2 a. a. O., unzweideutig der §. 254. Der letztere enthält also die sedes materiae. Zwar hat auch er zunächst nur die Bestimmung des Zeitpunktes, mit dem die Rechtshängigkeit beginnt, wenn sie im Laufe des Rechtsstreites eintritt, zum Gegenstande, zugleich läßt er aber zweifellos erkennen, daß er sie nur da statuiert, wo „ein Anspruch erhoben wird". Hieraus folgt: nur wenn durch Geltendmachung der Kompensationseinrede ein Anspruch im Sinne des §. 254 a. a. O. erhoben wird, kann sie die Rechtshängigkeit zur Folge haben.

Nun kann freilich nicht zweifelhaft sein, daß, wer die Einrede der Kompensation vorbringt, damit eine Gegenforderung, also einen Anspruch geltend macht. Allein der prozessualischen Form und Wirkung nach erhebt er nicht einen Anspruch, sondern bekämpft einen Anspruch. Prozessualisch ist beides überaus verschieden. Der Exzipient verlangt, indem er den Kompensationsanspruch zur Geltung bringt, nicht Verurteilung des Klägers, sondern Abweisung der Klage. Er bringt ihn nicht schlechthin zur Geltung, sondern nur bis zum Betrage der Klageforderung. Er macht ihn, sofern er letztere nicht überhaupt unbestritten lassen will, nicht unbedingt, sondern nur eventuell geltend, für den Fall, daß die Klage nicht ohnehin abgewiesen werden sollte. Der prozessualische Gesichtspunkt ist es aber, von dem voraussetzlich der Gesetzgeber eine prozessuale Frage wie den Eintritt der Rechtshängigkeit behandelt. Daß er dies auch hier gethan, dafür spricht schon der von ihm (wenn auch nicht völlig konsequent, vgl. §. 491 a. a. O.) festgehaltene Sprachgebrauch. Laut der Civilprozeßordnung wird ein Anspruch durch Klage erhoben (§. 235). Er kann auch durch Klagerweiterung und Widerklage erhoben werden (§§. 253. 467). Mit der Einrede der Kompensation wird dagegen „ein Anspruch vorgebracht" (§. 136) oder „geltend gemacht" (§§. 274. 293 vgl. 315 Ziff. 1). So wird man auch den §. 254 nicht von einem mittels Einrede geltend gemachten compensandum, sondern nur von Ansprüchen zu verstehen haben, welche im Laufe des Prozesses durch Erweiterung des Klagantrages oder durch Widerklage erhoben werden. Hierzu ist man aber umsomehr berechtigt, als der unmittelbar vorausgehende §. 253 a. a. O. eben nur von

den in diesem Wege erhobenen Ansprüchen gehandelt hat. Nur diese Auslegung ist aber auch ohne Schwierigkeit mit der im übrigen unbestrittenen Tendenz des §. 254 a. a. O. vereinbar. Man zweifelt im allgemeinen nicht und kann mit Fug nicht bezweifeln, daß andere selbständige Ansprüche, welche der Beklagte nur excipiendo vorbringt (z. B. die Einrede des Retentionsrechtes, des Eigentumes, des Nießbrauches ꝛc), dem §. 254 a. a. O. keineswegs unterfallen und keineswegs rechtshängig werden. Nimmt man dies aber als die Meinung und Tendenz des §. 254 a. a. O. an, und wollte man dennoch die Rechtshängigkeit als eine Folge der Kompensationseinrede ansehen, so würde man zu dem unannehmbaren Resultate gelangen, daß eine Ausnahme von einem allgemein aufgestellten Satze als statuiert angenommen werden müßte, ohne daß diese Ausnahme in der Bestimmung, welche ihn aufstellt, auch nur angedeutet wäre. Es würde dies nur angehen, wenn das Gesetz anderweit Bestimmungen enthielte, welche unzweideutig auf die Einschränkung jenes Satzes hinwiesen. Solche Bestimmungen fehlen aber.

Es würde von vornherein befremdend sein, wenn die Civilprozeßordnung am Sitze der Materie den Satz anscheinend allgemein aufgestellt und erwartet hätte, daß die Beschränkungen und Ausnahmen schon aus anderweiten Bestimmungen geschlossen werden würden. Als eine solche könnte hauptsächlich §. 293 a. a. O. in Betracht kommen. Sie handelt nicht von der Rechtshängigkeit, sondern von der Rechtskraft und bestimmt, daß prinzipiell nur die Entscheidung über Klage und Widerklage rechtskräftig wird, dies dagegen von den durch Einrede geltend gemachten Ansprüchen nur rücksichtlich der Kompensationseinrede bis zum Betrage der Klageforderung gilt. Dadurch wird also allerdings in bezug auf die Rechtskraft erstere mit den widerklagend erhobenen Ansprüchen gleichgestellt. Damit werden beide aber nicht gleichgestellt bezüglich der Rechtshängigkeit, bei der die Frage nach der Rechtskraft der Elemente des Urteiles, welche die Vorschrift des §. 293 a. a. O. veranlaßt hat, ganz außer dem Spiele bleibt. Jedenfalls würde nur dann ein Schluß auf die Gleichstellung beider Berechtigung haben, wenn Rechtshängigkeit und Rechtskraft im Sinne des Gesetzgebers derart correlata wären, daß die Rechtskraft einer Entscheidung die vorgängige Rechtshängigkeit des zu entscheidenden Streitpunktes notwendig voraussetzte. Daß der Gesetzgeber einen solchen unlöslichen Zusammenhang

beider supponiert hätte, giebt er aber nirgends kund, und daß er durch eine in der Sache liegende, selbstverständliche Notwendigkeit dazu gezwungen worden wäre, kann umsoweniger angenommen werden, als, was unten noch zu bemerken sein wird, schon im Gebiete des gemeinen Prozeßrechtes die Entscheidung über die Kompensationseinrede als Element des Urteiles zur Rechtskraft erwuchs und dennoch die Rechtshängigkeit des compensandum keineswegs angenommen wurde.

Ebensowenig kann aus den Bestimmungen der §§. 136. 274 C.P.O. etwas für die Ausnahmestellung der Kompensationseinrede hergeleitet werden. Diese gefährdet leicht den raschen und wirksamen Erfolg der Klage. Im gemeinen wie im preußischen Rechte war deshalb ihre Zulässigkeit durch ihre Liquidität, bezw. Liquidabilität bedingt; die illiquide Forderung hatte der Richter ad separatum zu verweisen. Eine solche allgemeine Vorschrift vermied die Civilprozeßordnung. Sie suchte zu individualisieren, indem sie den Richter ermächtigte, je nach den konkreten Umständen die Verhandlung und Entscheidung über die Klageforderung von dem Hemmnisse der Verhandlung über die (nicht konnexe) Gegenforderung zu befreien, wenn durch letztere eine ungebührliche Erschwerung oder Verzögerung für erstere drohte. Darauf beruhen die Vorschriften in §. 136. 274 C.P.O., durch welche der Richter ermächtigt wird, je nach Lage der Sache entweder Klageforderung und Gegenforderung in getrennten Prozessen zur Verhandlung und Entscheidung zu bringen, oder aber nur die Verhandlung zu trennen und sobald die Klageforderung zur Entscheidung reif ist, diese vorweg zu erteilen, die Entscheidung über die Gegenforderung aber seiner Zeit nachfolgen zu lassen. Wenn nun auch die Civilprozeßordnung das getrennt erfolgende weitere Verfahren nicht geregelt hat, so läßt sich doch keineswegs behaupten, daß die dadurch hervorgerufenen Streitfragen ihre befriedigende Lösung nur finden könnten auf Grund der Annahme, daß die Einrede der Kompensation den damit geltend gemachten Anspruch rechtshängig mache. Denn will man es als unvereinbar mit der prozessualen Trennung ansehen, daß die Einrede der Kompensation ihren Charakter als Einrede beibehalte, so folgt daraus doch eben nur, daß der bisher bloß einredeweise geltend gemachte Anspruch fortan als ein widerklagend erfolgter zu behandeln ist, der als solcher Rechtshängigkeit wirkt.

Als Resultat dieser Erwägungen ergiebt sich, daß für die Auslegung des §. 254 aus anderweiten Bestimmungen der Civilprozeß-

ordnung, namentlich aus den §§. 293. 136. 274 nichts mit Sicherheit hergeleitet und ersterer der Fassung und dem Zusammenhange nach nicht wohl anders als dahin verstanden werden kann, daß wie jeder andere im Wege der Einrede vorgebrachte Anspruch, so auch die durch Kompensationseinrede geltend gemachte Gegenforderung nicht in Rechtshängigkeit übergeht. Keinesfalls enthält der §. 254 a. a. O. eine unzweideutige Bestimmung entgegengesetzten Inhaltes, und eine solche wäre, wenn der Gesetzgeber letzteren gewollt hätte, sicher zu erwarten gewesen, sowohl nach dem Rechtszustande vor der Civilprozeßordnung, als nach der Entstehungsgeschichte ihrer einschlägigen Bestimmungen. Die Einführung der Rechtshängigkeit durch die Civilprozeßordnung wäre gegenüber dem früheren Rechtszustande eine Neuerung gewesen, die eben als solche zu einer unzweideutigen Bestimmung aufgefordert hätte. Denn Theorie und Rechtsprechung haben, zumal im Gebiete des gemeinen Rechtes, in Anknüpfung an die l. 8 Dig. de compens 16, 2, der Kompensationseinrede die Begründung der Rechtshängigkeit schlechthin oder als Regel abgesprochen,

vgl. Krug, Kompensation S. 250 flg.; Dernburg, Kompensation S. 535 flg.; Eisele, Kompensation S. 368; desgl. die obersten Gerichtshöfe bei Seuffert, Archiv: Kiel Bd. 7 Nr. 300, Dresden Bd. 16 Nr. 39, Stuttgart Bd. 21 Nr. 117, Berlin Bd. 27 Nr. 118,

wenn auch über den Umfang und die Realisierung des Grundsatzes Streit und Schwanken herrschte und man geneigt war, durch mehr oder weniger willkürliche prozessualische Kautelen den anscheinend mit ersterem verknüpften Bedenken vorzubeugen. Dies hat sich denn auch in den Vorstadien der neuen Prozeßgesetzgebung geltend gemacht. Bei den Beratungen der Norddeutschen Prozeßkommission über Rechtskraft und Rechtshängigkeit hatte sich die Mehrheit dafür erklärt, letztere als Folge der Kompensationseinrede wegen deren Verwandtschaft mit einer Rekonvention eintreten zu lassen, und war auch in den Ausschußentwurf eine dies ausdrücklich aussprechende Vorschrift (§. 334) aufgenommen worden. Hiergegen erhoben sich aber bei der späteren Verhandlung Bedenken in der Richtung, daß es jedem freistehen müßte, den Kompensationseinwand eventuell mehrfach zu gebrauchen, ihn auch jederzeit zurückzunehmen u. dgl. Mit Rücksicht hierauf wurde der §. 334 gestrichen,

vgl. Protokolle der norddeutschen Civilprozeßkommission Bd. 2 S. 572. 608. 794,

und ist die Vorschrift, obwohl später noch einmal aber ohne Begründung, in den §. 229 des preußischen Justizministerialentwurfs von 1871 aufgenommen, schließlich in die Civilprozeßordnung nicht übergegangen. Nach diesen Erwägungen für und wider hätte der Gesetzgeber, wenn er die Neuerung beabsichtigt hätte, gewiß allen Anlaß gehabt, dies nicht bloß vermuten und schließen zu lassen, sondern es mit unzweideutigen Worten klarzustellen. Er hat dies aber nicht gethan, sondern dem §. 254 eine Fassung gegeben, die gerade die entgegengesetzte Intention, wenn nicht zweifellos ausdrückt, so doch als das natürlich Vorauszusetzende erscheinen läßt.

Es muß daher, wennschon die Motive zur Civilprozeßordnung ohne nähere Begründung anscheinend einer anderen Auffassung folgen, an der schon vom II. Civilsenate des Reichsgerichtes,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 16 S. 373 (vgl. Bd. 6 S. 422), wo auch die Litteraturnachweisungen zu finden sind (dazu noch die Abhandlungen in Gruchot's Beiträgen von Schollmeyer, Wex und Petersen Bd. 31 S. 222 flg. 248 flg. 535 flg.),

vertretenen Auslegung dahin festgehalten werden, daß nach der Civilprozeßordnung durch Erhebung der Kompensationseinrede die Rechtshängigkeit des compensandum nicht begründet wird."

---

96. Kann im Urkundenprozesse die Verurteilung zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme mit einer besonderen Maßgabe hinsichtlich der Vornahme der Zwangsvollstreckung beantragt werden?

I. Civilsenat. Urt. v. 15. Juni 1887 i. S. F. (Bekl.) w. N. (Kl.) Rep. I. 133/87.

I. Landgericht Kottbus.
II. Kammergericht Berlin.

Der Beklagte hatte sich bei einer Gesellschaftsauseinandersetzung dem Erblasser der Klägerin gegenüber zur Zahlung einer bestimmten Summe unter gewissen näheren Bestimmungen verpflichtet. Die als

alleinige Erbin urkundlich legitimierte Klägerin klagt diese Summe auf Grund der über die Auseinandersetzung aufgenommenen Urkunde ein. In erster Instanz abgewiesen, stellt die Klägerin, neben dem prinzipalen auf Auszahlung von 49 000 ℳ schlechthin gerichteten den eventuellen Antrag,

den Beklagten zur Zahlung von 49 000 ℳ an die Klägerin zu verurteilen mit der Maßgabe, daß Klägerin ihre Befriedigung zunächst durch gerichtliche Zwangsversteigerung der ihr zum Pfande zugesicherten Kohlenbaugerechtigkeiten nachzusuchen hat, und nur, soweit sie dadurch nicht zur Befriedigung gelangt, zur Zwangsvollstreckung gegen das sonstige Vermögen des Beklagten berechtigt ist.

Das Berufungsgericht verurteilte den Beklagten nach diesem eventuellen Antrage.

Auf Revision des Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben und der (eventuelle) Klagantrag als im Urkundenprozesse unzulässig abgewiesen.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter legt ohne Rechtsirrtum den §. 5 des Auseinandersetzungsvertrages so aus, daß die Klägerin keinen persönlichen Anspruch auf Zahlung der gesamten 54 000 ℳ gegen den Beklagten erworben habe, sondern daß der Anspruch zunächst darauf gerichtet war, den gerichtlichen Verkauf gewisser, dem Beklagten überwiesener Abbaurechte zu beantragen und den Erlös aus diesem Verkaufe bis zu jenem Betrage ausgezahlt zu erhalten, für den Fall aber, daß der Erlös jenen Betrag nicht erreiche, den Ausfall vom Beklagten ausgezahlt zu erhalten.

Dieser Auffassung entsprechend wies der Berufungsrichter den prinzipalen, auf Auszahlung der 49 000 ℳ gerichteten Antrag ab.

Dieser Auffassung gemäß konnte die Klägerin aber auch ihren Antrag nur auf den gerichtlichen Verkauf der betreffenden Abbaurechte und auf Zahlung des Ausfalles richten. Daß ein so formulierter Antrag im Urkundenprozesse nicht zulässig gewesen wäre, ist evident. Die Zulässigkeit im Urkundenprozesse konnte aber auch dadurch nicht erreicht werden, daß der Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der ganzen Summe gerichtet, zugleich aber die Modifikation der Zwangsvollstreckung des Urteiles in bestimmter Art beantragt wurde. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Formulierung dem

entspricht, was im Auseinandersetzungsvertrage vereinbart worden ist, denn keinesfalls kann ein derartiger Antrag im Urkundenprozesse gestellt werden. Diese Prozeßart ist nicht zulässig für Geltendmachung eines Anspruches auf ein beliebiges Geben oder Leisten. In derselben kann nur verfolgt werden ein Anspruch auf eine einfache und im Weigerungsfalle in einfachster Weise realisierbare Leistung, auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen. Der vorliegende eventuelle Antrag geht zwar den Worten nach auf Zahlung einer bestimmten Summe, aber die als Beschränkung der im Falle der Zahlungsweigerung des Beklagten von der Klägerin zu betreibenden Zwangsversteigerung beigefügte Maßgabe modifiziert das materielle Wesen des Anspruches selbst. Das Recht auf den aus dem Verkaufe gewisser Gegenstände zu erzielenden Erlös ist kein Recht auf Zahlung. Der Anspruch auf Zahlung des Ausfalls aber ist wegen der Unbestimmtheit der Höhe des Anspruches vom Urkundenprozesse ausgeschlossen.

Der Berufungsrichter verkennt diese besondere Natur des geltend gemachten Anspruches selbst nicht, denn er erklärt selbst, die erhobene Klage sei „in einschränkendem Sinne, das heißt als Real- oder Pfandklage, und nur bezüglich des Ausfalles als persönliche Schuldklage zu verstehen". Es ist hier nicht die Frage zu erörtern, ob und inwiefern die hypothekarische Klage sich zur Geltendmachung im Urkundenprozesse eignet,

vgl. Fr. Stein, Der Urkunden- und Wechselprozeß §. 12 S. 80 flg.,

denn die beabsichtigte Verpfändung der fraglichen Abbaurechte ist nicht zur Ausführung gekommen, es fehlt also an der notwendigen Voraussetzung dieser besonders qualifizierten Klage. Daß aber infolge der getroffenen Vereinbarung ein der Wirkung der Verpfändung entsprechendes Resultat im Verhältnisse der Parteien zu einander erreicht werden kann, gestattet es noch nicht, die für die Pfandklage geltenden Grundsätze auf die aus dem Auseinandersetzungsvertrage entspringende Klage anzuwenden.

Der Berufungsrichter legt ferner darauf Gewicht, zur Stellung des Antrages auf Zwangsversteigerung sei ein vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich, diesen müsse sich die Klägerin durch Erlangung eines den Beklagten zur Zahlung verurteilenden Erkenntnisses verschaffen. Die Richtigkeit dieser Ausführung kann dahin gestellt bleiben. Keinenfalls

wird durch dieselbe die Zulässigkeit einer solchen Klage im Urkundenprozesse begründet, sobald mit dieser Klage etwas anderes, als die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen schlechthin verlangt wird.

Aus diesen Gründen war das angefochtene Urteil wegen Rechtsirrtumes aufzuheben und der eventuelle Klagantrag als im Urkundenprozesse unstatthaft abzuweisen."

---

97. Steht einem Nebenintervenienten zur Einlegung eines Rechtsmittels nur die Frist der Hauptpartei zu Gebote, oder hat er hierfür eine eigene, mit der an ihn oder durch ihn selbst bewirkten Zustellung des Urteiles beginnende Frist?
Muß das Urteil auch dem Nebenintervenienten zugestellt werden?

III. Civilsenat. Urt. v. 8. Juli 1887 i. S. E. & R. (Nebenintervenienten) u. G. (Kl.) w. R. (Bekl.) Rep. III. 88/87.

I. Landgericht Göttingen.
II. Oberlandesgericht Celle.

Das erstinstanzliche klaggemäße Urteil wurde auf Betreiben der Klägerin am 20. Dezember 1886 der Beklagten und danach am 30. Dezember auch noch der der Beklagten auf deren Streitverkündigung beigetretenen, ihr regreßpflichtigen Nebenintervenientin zugestellt. Während von der Beklagten keine Berufung eingelegt wurde, legte die Nebenintervenientin durch einen am 27. Januar 1887 der Klägerin zugestellten Schriftsatz gegen dasselbe Berufung ein. Ihre Berufung wurde dem Antrage der Klägerin gemäß wegen Versäumung der Berufungsfrist als unzulässig verworfen. Ihre Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Entscheidung der Sache hängt ab von der Beantwortung der Frage, ob einem Nebenintervenienten zur Einlegung einer Berufung nur die Berufungsfrist der von ihm unterstützten Partei zu Gebote steht, oder ob ihm hierfür eine eigene Frist von der an ihn selbst, bezw.

durch ihn selbst zu bewirkenden Zustellung des Urteiles an zu laufen hat. Diese Frage ist von dem Berufungsgerichte mit Recht in dem ersteren Sinne beantwortet worden.

Die Beteiligung des Nebenintervenienten an dem Rechtsstreite beruht zwar auf einem kraft seines rechtlichen Interesses an dem Ausfalle der Sache ihm zustehenden eigenen Rechte, sie findet aber nach §. 63 C.P.O. nur statt zum Zwecke der Unterstützung der Partei, welcher er wegen seines Interesses an ihrem Obsiegen beigetreten ist. Die Civilprozeßordnung giebt ihm — abgesehen von dem gegenwärtig nicht vorhandenen Falle des §. 66 — nicht die Stellung eines Streitgenossen der unterstützten Hauptpartei. Der Nebenintervenient hat in dem Rechtsstreite nicht für sich selbst zu handeln; sein eigenes Recht besteht nach dem bezeichneten alleinigen Zwecke seiner Beteiligung nur darin, daß er in dem Umfange der ihm durch den §. 64 a. a. O. beigelegten Befugnisse für die Hauptpartei in Art eines Gehilfen oder Beistandes derselben handeln darf. Daraus folgt, daß seine prozessualischen Befugnisse niemals weiter reichen können, als die eigenen Befugnisse der Hauptpartei, und insbesondere, daß wenn und nachdem die Hauptpartei des Rechtes zur Vornahme einer Prozeßhandlung bereits verlustig geworden ist, diese Handlung auch nicht mehr durch den Nebenintervenienten für sie vorgenommen werden kann. Bei der dem Nebenintervenienten aus §. 64 a. a. O. zustehenden Befugnis, für die Hauptpartei alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, sofern er sich nur hierdurch nicht mit eigenen Erklärungen und Handlungen derselben in Widerspruch setzt, befindet er sich auch imstande, eine der Hauptpartei gesetzte Frist bei eigener Unthätigkeit derselben dadurch für sie zu wahren, daß er die innerhalb der Frist vorzunehmende Prozeßhandlung vor Ablauf derselben vornimmt; ist aber eine der Hauptpartei gesetzte Notfrist weder von ihr selbst, noch auch von ihrem Nebenintervenienten benutzt worden, so kann die nach dieser Fristversäumung ihr selbst nicht mehr zustehende Prozeßhandlung auch nicht mehr durch eine andere, für sie handelnde Person und folglich auch nicht durch den Nebenintervenienten wirksam nachgeholt werden.[1]

[1] Ebenso ist erkannt vom IV. Civilsenate des Reichsgerichtes in einem von dem Berufungsgerichte angezogenen Urteile vom 29. März 1882 (mitgeteilt in Gruchot, Beiträge Bd. 27 S. 1065 und Jurist. Wochenschrift 1883 S. 156),

Ist demnach die Einlegung eines Rechtsmittels durch den Nebenintervenienten nur innerhalb der Rechtsmittelfrist seiner Hauptpartei zulässig, so folgt hieraus auch weiter, daß es einer Zustellung des Urteiles an den Nebenintervenienten nicht bedarf. Aus der Vorschrift des §. 68 Abs. 3 C.P.O. über die Zuziehung des Nebenintervenienten in dem Hauptverfahren ist nur zu entnehmen, daß derselbe zu allen Verhandlungen geladen werden muß. Ist ihm an dem Besitze einer Ausfertigung oder Abschrift des Urteiles gelegen, so kann er dieselbe selbst von der Gerichtsschreiberei entnehmen."

---

98. Nach welchem Zeitpunkte bestimmt sich die Zulässigkeit eines Rechtsmittels? Anfechtung der Entscheidung über die Kosten, wenn nach Einlegung des Rechtsmittels der Rechtsstreit in der Hauptsache sich erledigt hat? C.P.O. §. 94.

V. Civilsenat. Urt. v. 13. Juli 1887 i. S. R. (Kl.) w. S. (Bekl.) Rep. V. 123/87.

I. Landgericht Thorn.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Der Kläger klagte mit der dinglichen Klage wegen Zinsen eines ihm cedierten Hypothekenkapitales. Die Klage wurde in erster Instanz wegen eines Mangels in der Begründung der Aktivlegitimation abgewiesen. Kläger legte Berufung ein. Nachdem schon im Laufe der ersten Instanz der Beklagte einen Teil der eingeklagten Zinsen bezahlt hatte, wurde Kläger, und zwar nach seiner unbestritten gebliebenen Angabe nach Zustellung der Berufungsschrift, auch in Ansehung des Restes durch Zahlung befriedigt. Demgemäß seine Befriedigung in der Hauptsache anerkennend, stellte der Kläger in dem Verhandlungstermine zweiter Instanz nur noch den Antrag, dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreites aufzuerlegen.

---

und vom Oberlandesgerichte Rostock (Seuffert, Archiv Bd. 40 Nr. 56); entgegengesetzter Meinung sind: Oberlandesgericht Dresden (Ann. Bd. 2 S. 366), der oberste Gerichtshof für Bayern (Seuffert, Archiv Bd. 39 Nr. 136) und Wach, Civilprozeßordnung Bd. 1 S. 643 flg. D. E.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen.

Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Berufung für zulässig erklärt worden.

Aus den Gründen:

... „Der Berufungsrichter gründet seine Entscheidung auf den §. 94 C.P.O., welcher bestimmt:

Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

Eingelegt war im vorliegenden Falle die Berufung nicht bloß wegen des Kostenpunktes, sondern auch in der in jenem Zeitpunkte noch nicht erledigten Hauptsache. Der Berufungsrichter rechtfertigt die Anwendung des §. 94 dadurch, daß er den letzteren, dem Wortlaute zuwider, so versteht, als wenn seine Schlußwendung lautete: „wenn nicht auch die Entscheidung in der Hauptsache durch (in der mündlichen Verhandlung gestellten) Rechtsmittelantrag angefochten wird. Der Berufungsrichter bezieht sich hierbei auf ein Urteil des Reichsgerichtes,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 S. 432,

in dessen Gründen allerdings ein entsprechender Satz ausgesprochen ist. Es stand jedoch die hier vorliegende Frage damals nicht zur Entscheidung, vielmehr handelte es sich darum, ob der §. 94 a. a. O. sich auch auf Rechtsmittel gegen solche Entscheidungen beziehe, welche lediglich den Kostenpunkt betreffen. Diese Frage wurde verneint; bei Erörterung und Widerlegung eines gegen diesen Satz möglicherweise zu erhebenden Einwurfes gelangte das Reichsgericht zu der von dem Berufungsrichter acceptierten Interpretation des §. 94 a. a. O. Inzwischen ist aber durch Urteil der Vereinigten Civilsenate,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 309,

die in jenem Urteile zur Entscheidung gestellte Rechtsfrage im entgegengesetzten Sinne beantwortet, der Satz selbst also — zu dessen Rechtfertigung die fragliche Interpretation lediglich dienen sollte — verlassen worden.

Es liegt aber durchweg kein zwingender Grund vor, den §. 94 seinem Wortlaute zuwider zu interpretieren und insbesondere anzunehmen, daß in demselben das Wort „eingelegt" nur „versehentlich" (wie in der oben erwähnten Senatsentscheidung des Reichsgerichtes gesagt ist)

gebraucht sei. Die Zulässigkeit (Statthaftigkeit) eines Rechtsmittels richtet sich in erster Linie nach dem Zeitpunkte der Einlegung, d. h. der Zustellung des bezüglichen Schriftsatzes, mit welcher der Rechtsstreit in der höheren Instanz anhängig wird (§§. 479. 485. 235 C.P.O.).

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 378, Bd. 15 S. 405.

Unter dieser Regel steht auch der §. 94, welcher nur eine Beschränkung der Zulässigkeit der Rechtsmittel enthält und daher systematisch seinen Platz in den Bestimmungen über die Rechtsmittel hätte finden sollen. Wenn nun der §. 94 ausdrücklich die Einlegung des Rechtsmittels in der Hauptsache als Bedingung der Zulässigkeit der Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt hinstellt, so steht dies nur im Einklange mit jener Regel, und es läßt sich daher umsoweniger annehmen, daß der Ausdruck dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht. War das Rechtsmittel in der Hauptsache in gültiger Weise eingelegt, so hat damit der Berufungs- oder Revisionskläger ein prozessualisches Recht erlangt, und es kann sich dann nur fragen, ob er desselben später durch Entsagung oder auch gegen seinen Willen verlustig gegangen ist. Ebenso wie durch die Erledigung eines Teiles des im Streite stehenden Anspruches die durch das Vorhandensein eines 1500 ℳ übersteigenden Wertes des Beschwerdegegenstandes bedingte Zulässigkeit der Revision nicht alteriert wird,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 387,

ebenso kann das in der Hauptsache und damit auch in Ansehung des Kostenpunktes rechtsgültig eingelegte Rechtsmittel nicht schon dadurch unwirksam und der Partei das durch die Einlegung des Rechtsmittels erlangte Recht wieder entzogen werden, daß der Rechtsstreit durch Tilgung oder sonst nach Einlegung des Rechtsmittels sich thatsächlich erledigt hat. In Übereinstimmung hiermit hat auch bereits das Reichsgericht in einem Urteile vom 8. Oktober 1886 in Sachen Kr. wider F. (Rep. III. 119/86) angenommen, daß, wenn während der Dauer eines Rechtsstreites das Streitobjekt in der Hauptsache durch irgend ein Ereignis — z. B. Verzicht, Zahlung — hinwegfällt, die Statthaftigkeit des Rechtsmittels nach dem Zeitpunkte der Einlegung desselben sich richtet.

Nun kann allerdings das rechtsgültig eingelegte Rechtsmittel und das dadurch erlangte Recht verloren gehen, wenn es von der Partei nicht, oder nicht in gesetzlich zulässiger Weise verfolgt wird. Eine Partei, die sich, nachdem sie gegen das ergangene Urteil ohne Ein-

schränkung auf den Kostenpunkt das zulässige Rechtsmittel eingelegt, nachträglich bei ihrer Verurteilung oder Abweisung in der Hauptsache beruhigen und demgemäß in der mündlichen Verhandlung ihren Antrag nur auf den Kostenpunkt beschränken wollte, würde als dem eingelegten Rechtsmittel in der Hauptsache entsagend anzusehen und demgemäß in Konsequenz des §. 94 a. a. O. auch des Rechtes, auf eine Abänderung der Kostenentscheidung anzutragen, verlustig gegangen sein. Anders liegt die Sache, wenn nach Einlegung des Rechtsmittels der Rechtsstreit in der Hauptsache sich durch Tilgung des Anspruches oder sonst erledigt hat, wenn also der Gegenstand des Rechtsstreites selbst in Wegfall gekommen ist. Der befriedigte Kläger kann die Verurteilung des Beklagten nicht mehr verlangen. Wenn nun in solchem Falle die betreffende Partei, nachdem die Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache konstatiert worden, den Berufungs- oder Revisionsantrag auf den Kostenpunkt beschränkt, weil nur dieser noch infolge der im Laufe der Instanz eingetretenen Veränderung als Gegenstand des Streites übrig geblieben ist, so kann hierin nicht, wie in dem erstgedachten Falle eine Entsagung des in der Hauptsache eingelegten Rechtsmittels gefunden werden, und hiermit fällt auch jeder Rechtsgrund, der remedierenden Partei das durch die Einlegung der Revision erworbene Prozeßrecht, die Berichtigung der angefochtenen Entscheidung auch in Ansehung des Kostenpunktes zu verlangen, zu entziehen. Es kann in einem solchen Falle von einer Absonderung der Entscheidung in Ansehung der Hauptsache und des Kostenpunktes, wie sie §. 94 a. a. O. verbietet, nicht die Rede sein; die Hauptsache ist erledigt, und es ergiebt sich der Antrag auf anderweite Entscheidung des Kostenpunktes als die einzig noch verbliebene Konsequenz aus der Anfechtung des Urteiles in der Sache selbst, wie sie durch die Einlegung der Revision eröffnet worden ist. Es trifft also in solchem Falle auch die ratio legis nicht zu, welche der Bestimmung des §. 94 a. a. O. zu Grunde liegt.

Vgl. Struckmann und Koch, C.P.O. zu §. 94.

Es bleibt keine unangefochtene Entscheidung der früheren Instanz rechtswirksam bestehen, mit welcher die Entscheidung der höheren Instanz betreffend den Kostenpunkt in Widerspruch treten könnte.

Es wird nun darauf hingewiesen,

vgl. Wilmowski und Levy, C.P.O. 4. Aufl. Not. 1 zu §. 94,

daß der im Laufe der Instanz befriedigte Berufungs- (oder Revisions-) Kläger den Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urteiles in der Hauptsache mit der aus der thatsächlichen Erledigung sich ergebenden Modifikation aufrechterhalten könne. Es ergiebt sich hier zunächst der Zweifel, ob bei vollständiger Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache noch für eine Modifikation des auf letztere bezüglichen Rechtsmittelantrages Raum bleibt. Denken läßt sich die Modifikation des Rechtsmittelantrages, auf welche hier der in der höheren Instanz befriedigte Kläger, um sich das Rechtsmittel wegen der Kosten zu erhalten, verwiesen wird, in doppelter Gestalt: einmal als Antrag, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, sodann als Antrag auf Feststellung des zwischen den Parteien bestandenen Rechtsverhältnisses (§. 231 C.P.O.). Was zunächst die erstgedachte Form betrifft, so kann in der Erklärung des Richters, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt sei, eine materielle Entscheidung in der Sache selbst, insbesondere eine materielle Abänderung der Entscheidung der früheren Instanz nicht gefunden werden; sie enthält nur die Beurkundung der Thatsache, daß nach den Parteierklärungen der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, läßt aber den Grund des Anspruches völlig unberührt, sodaß, wenn neben dieser Erledigungserklärung noch über die Kosten zu erkennen ist, die letztere Entscheidung sich nicht als Konsequenz aus der Erledigungserklärung ergiebt, sondern, unabhängig von der letzteren, aus der nur zu diesem Behufe erforderlichen Beurteilung des Grundes des Anspruches zu schöpfen ist. Es ergiebt sich hieraus, daß der Antrag des im Laufe der höheren Instanz befriedigten Rechtsmittelklägers, den Rechtsstreit in der Hauptsache (ganz oder teilweise) für erledigt zu erachten, nicht als eine Anfechtung des Urteiles in der Sache selbst anzusehen ist, sondern nur dazu dient, die entsprechende Einschränkung des die materielle Änderung der angefochtenen Entscheidung begehrenden Antrages zu motivieren. Den gleichen Zweck erfüllt aber die einfache Erklärung der erfolgten Befriedigung in der mündlichen Verhandlung und die Konstatierung dieser Thatsache im richterlichen Thatbestande.

Ebensowenig kann von dem in der Hauptsache befriedigten Rechtsmittelkläger verlangt werden, daß er behufs Wahrung des eingelegten Rechtsmittels mit dem Antrage auf Abänderung der Kostenentscheidung etwa einen auf Feststellung des dem Rechtsstreite zu Grunde liegenden

Rechtsverhältnisses gerichteten Antrag verbinde. Die generelle Zulässigkeit der Umwandlung einer ursprünglichen Leistungsklage in eine Feststellungsklage vorausgesetzt, würde im speziellen Falle die Zulässigkeit noch von dem Nachweise eines Interesses an der alsbaldigen Feststellung abhängig sein. Das Interesse der nach Einlegung des Rechtsmittels in der Hauptsache befriedigten Partei wird in erster Linie auf die anderweite Regelung des Kostenpunktes sich richten. Daß nach vollständiger Befriedigung noch ein weiteres Interesse an Feststellung des durch Leistung erledigten Rechtsverhältnisses verblieben und ohne Klagänderung zu verfolgen sei, ist nicht ohne weiteres anzunehmen und jedenfalls in vorliegender Sache nicht ersichtlich.

Besteht aber das Interesse, welches eine befriedigte Partei an Feststellung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses hat, lediglich in der Abwälzung der ihr in der früheren Instanz auferlegten Kosten, so würde ein dem hierauf gerichteten Antrage beigefügter Antrag auf Feststellung des Rechtsverhältnisses jeder rechtlichen Bedeutung entbehren und könnte insbesondere den erstgedachten Antrag nicht haltbar machen, wenn derselbe an sich unzulässig wäre. Denn insoweit die gesonderte weitere Verfolgung des Kostenanspruches gesetzlich ausgeschlossen ist, würde es in dem gesetzten Falle an dem für die Feststellungsklage erforderlichen rechtlichen Interesse mangeln.

Nach alledem ist im Sinne des §. 94 C.P.O. die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt nur dann ausgeschlossen, wenn gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel nicht eingelegt oder auf das eingelegte Rechtsmittel in Ansehung der Hauptsache verzichtet wird. Ein solcher Verzicht kann aber nicht schon dann angenommen werden, wenn nach Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache der Rechtsmittelantrag auf den Kostenpunkt beschränkt wird. In diesem Falle genügt es zur Wahrung des Rechtsmittels, daß gleichzeitig mit Stellung des Antrages die Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache konstatiert wird." ...

99. Welcher Gerichtsschreiber hat bezüglich eines durch Teilurteil rechtskräftig zugesprochenen Klaganspruches die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, wenn bezüglich eines weiteren, in derselben Klage erhobenen Anspruches der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz noch anhängig ist?
C.P.O. §. 662.

Ferienſenat. Beſchl. v. 9. Auguſt 1887 i. S. W. B. (Kl.) w. M. Sch. (Bekl.) Beſchw.-Rep. V. 83/87.

I. Landgericht Liegnitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Das Oberlandesgericht hatte, in Abänderung eines landgerichtlichen Beſchluſſes, angenommen, daß hinſichtlich des durch Teilurteil rechtskräftig feſtgeſtellten Klaganſpruches nur der Gerichtsſchreiber erſter Inſtanz zur Ertheilung der vollſtreckbaren Ausfertigung berufen ſei, weil das rechtskräftig gewordene Teilurteil einen Teil des Prozeßſtoffes aus dem Rechtsſtreite völlig ausſcheide, bezüglich des anerkannten Klaganſpruches daher ein Rechtsſtreit in zweiter Inſtanz überhaupt nicht mehr anhängig ſei, der bei dem Berufungsgerichte noch anhängige Prozeß vielmehr einen anderen Teil des eingeklagten Anſpruches zum Gegenſtande habe. Auf ſofortige Beſchwerde des Klägers wurde dieſer Beſchluß aufgehoben.

Aus den Gründen:

„Die Civilprozeßordnung hat die Erteilung eines Zeugniſſes über die Rechtskraft oder die Vollſtreckbarkeit von Urteilen in die Hände des Gerichtsſchreibers gelegt, indem ſie davon ausgeht, daß es ſich nicht um eine Entſcheidung, ſondern um eine auf Grund der Prozeßakten auszuſtellende Beurkundung handelt. Demgemäß beſtimmt §. 646 C.P.O., daß das Zeugniß über die Rechtskraft auf Grund der Prozeßakten von dem Gerichtsſchreiber derjenigen Inſtanz zu erteilen iſt, welcher ſich nach geordnetem Inſtanzenzuge im Beſitze der Prozeßakten zu befinden hat, in der Regel alſo vom Gerichtsſchreiber erſter Inſtanz, und nur ſolange der Rechtsſtreit in einer höheren Inſtanz anhängig iſt, alſo von der Einlegung des Rechtsmittels bis zur Beendigung der Inſtanz vom Gerichtsſchreiber der höheren Inſtanz. Das Geſetz hat bei dieſer Ausnahmebeſtimmung hauptſächlich den Fall vor Augen, wo einer von

mehreren Klaganſprüchen oder ein Teil eines Anſpruches endgültig erledigt iſt, während andere Teile des Prozeßſtoffes noch der Entſcheidung bedürfen (§. 273 C.P.O.), der Rechtsſtreit als ſolcher daher teilweiſe in der höheren Inſtanz noch anhängig iſt. Welcher Teil des angegriffenen Urteiles durch Beſchränkung oder teilweiſe Zurücknahme des Rechtsmittels oder durch Teilurteil der höheren Inſtanz die Rechtskraft beſchritten habe, kann von dem Gerichtsſchreiber der erſten Inſtanz nicht feſtgeſtellt werden, dieſe Beurkundung iſt nur dem Gerichtsſchreiber der höheren Inſtanz möglich, in deſſen Händen ſich die Prozeßakten zu befinden haben.

Dieſelben Grundſätze finden nach §. 662 C.P.O. auch auf die Erteilung der vollſtreckbaren Ausfertigung Anwendung, wenngleich hier der ſelbſtverſtändliche Zuſatz „auf Grund der Prozeßakten" nicht ausdrücklich wiederholt iſt. In der vorliegenden Sache iſt ein Teil des Klaganſpruches durch die Entſcheidungen des Berufungs- und des Reviſionsgerichtes rechtskräftig geworden, und nur der Gerichtsſchreiber der Berufungsinſtanz, bei welcher der Rechtsſtreit teilweiſe noch anhängig iſt, kann und ſoll nach dem Geſetze die Vollſtreckbarkeit beurkunden.

Hiernach iſt die Aufhebung des angefochtenen Beſchluſſes geboten."

---

100. 1. Weitere Beſchwerde auf Grund des vom Beſchwerdegerichte beobachteten Verfahrens, insbeſondere der unterlaſſenen Prüfung der Beſchwerde?

2. Wird das Retentionsrecht des Vermieters durch das Pfändungsverbot in §. 715 Ziff. 4 C.P.O. beſchränkt?

Ferienſenat. Beſchl. v. 20. Auguſt 1887 i. S. D. (Kl.) w. A. (Bekl.) Beſchw.-Rep. VI. 119/87.

I. Landgericht Mühlhauſen i./Th.
II. Oberlandesgericht Naumburg a./S.

Aus den Gründen:

„Kläger hat wegen einer Mietforderung gegen den Beklagten die Pfändung vollſtrecken laſſen. Der Gerichtsvollzieher pfändete bei dem Beklagten am 24. Mai 1887 dreizehn zum Handwerksgeräte des Beklagten, welcher Schlachter iſt, gehörige Gegenſtände. Beklagter remon-

strierte hiergegen beim Amtsgerichte, indem er unter Berufung auf die Bestimmung in §. 715 Nr. 4 C.P.O. behauptete, daß die gepfändeten Gegenstände ihm zur Ausübung seines Berufes unentbehrlich seien. Das Amtsgericht lehnte jedoch den Antrag auf Freigabe der gepfändeten Gegenstände durch Beschluß vom 4. Juni 1887 ab. Gegen diesen Beschluß erhob der Beklagte sofortige Beschwerde an das Landgericht, und dieses befand durch Beschluß vom 13. Juni, daß die Beschwerde begründet sei, hob den angefochtenen Beschluß des Amtsgerichtes auf und wies den Gerichtsvollzieher an, die gepfändeten Gegenstände, soweit sie dem Beklagten zur persönlichen Ausübung seines Berufes unentbehrlich seien, herauszugeben. Die weitere sofortige Beschwerde des Klägers gegen den Beschluß des Landgerichtes ist vom Oberlandesgerichte durch Beschluß vom 7. Juli als unbegründet zurückgewiesen worden. Kläger hatte zur Rechtfertigung seiner Beschwerde auszuführen gesucht, daß das Landgericht rechtsirrtümlich die Vorschrift in §. 715 Nr. 4 C.P.O. auf die Pfändung eingebrachter, demnach dem Vermieter gesetzlich verpfändeter Sachen eines Mieters für Forderungen aus dem Mietverhältnisse als anwendbar erachtet habe, außerdem auch geltend gemacht, daß durch die Verfügung der Herausgabe der gepfändeten Gegenstände an den Beklagten jedenfalls das dem Kläger als Vermieter an den eingebrachten Sachen neben dem Pfandrechte gesetzlich zustehende Retentionsrecht verletzt worden sei, und schließlich noch bemerkt, daß der gepfändete Ladentisch, ebenso die Wurstmaschine, die Messingwage mit Gewichten und die Schnellwage wohl nicht zu dem unentbehrlichen Handwerksgeräte des Beklagten gerechnet werden könnten. Das Oberlandesgericht motiviert seinen, die Beschwerde zurückweisenden Beschluß lediglich damit, daß das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters an den Illaten des Mieters ihn nach der das frühere Landesrecht insoweit abändernden reichsrechtlichen Vorschrift in §. 715 Nr. 4 C.P.O. nicht zur Pfändung unentbehrlichen Handwerksgerätes des Mieters berechtige; auf die Rüge des Beklagten wegen Verletzung seines Retentionsrechtes und auf dessen Bemerkung über die Entbehrlichkeit jener vier gepfändeten Gegenstände für den Handwerksberuf des Beklagten ist das Oberlandesgericht nicht weiter eingegangen.

Gegen diesen Beschluß des Oberlandesgerichtes hat der Kläger rechtzeitig weitere sofortige Beschwerde an das Reichsgericht eingelegt. Er beantragt, den angefochtenen Beschluß des Oberlandesgerichtes nebst dem

vorangegangenen Beschlusse des Landgerichtes vom 13. Juni wieder aufzuheben und findet den erforderlichen neuen selbständigen Beschwerdegrund darin, daß das Oberlandesgericht seine Rüge wegen Verletzung seines Retentionsrechtes und seine Bemängelung der Unentbehrlichkeit der vorgedachten vier gepfändeten Gegenstände für die Ausübung des Berufes des Beklagten nicht geprüft habe.

Diese Beschwerde ist — wenn auch nicht in dem vollen Umfange des gestellten Antrages — für begründet zu erachten.

Da durch den jetzt angefochtenen Beschluß des Oberlandesgerichtes die Beschwerde des Klägers gegen den Beschluß des Landgerichtes als unbegründet zurückgewiesen ist, stimmen diese beiden Beschlüsse *inhaltlich* vollständig überein; es kann also der für die jetzige weitere Beschwerde nach §. 531 C.P.O. erforderliche neue selbständige Beschwerdegrund nicht etwa daraus entnommen werden, daß Kläger durch den Inhalt des jetzt angefochtenen Beschlusses ungünstiger als durch den des landgerichtlichen Beschlusses gestellt werde, denn das ist nicht der Fall. Um aber einer Partei einen neuen selbständigen Beschwerdegrund zu geben, braucht der auf ihre Beschwerde ergangene Beschluß nicht notwendig einen anderen *Inhalt* zu haben, als der Beschluß, über welchen die Beschwerde geführt wurde; die neue selbständige Verletzung der Partei kann auch durch das vom Beschwerdegerichte beobachtete *Verfahren* herbeigeführt sein, und dies ist u. a. dann der Fall, wenn sich der auf die Beschwerde ergangene ungünstige Beschluß auf eine Verletzung des Anspruches der Partei auf rechtliches Gehör zurückführen läßt. Kann dem Beschwerdegerichte mit Grund vorgeworfen werden, daß es einen Angriff der Partei gegen den beschwerenden Beschluß nicht geprüft hat, so ist der Anspruch der Partei auf richterliche Beurteilung ihrer Beschwerde verletzt, und dies gereicht ihr im Verhältnisse zu dem mit der Beschwerde angefochtenen Beschlusse zur neuen selbständigen Beschwerung. Freilich wird sich der praktischen Verwertung eines solchen weiteren Beschwerdegrundes oftmals die Schwierigkeit entgegenstellen, daß die Unterlassung der richterlichen Prüfung eines vorgebrachten Angriffes nicht leicht nachzuweisen ist, zumal da eine Begründung der *Beschlüsse* in der Civilprozeßordnung nicht wie für Urteile im §. 284 obligatorisch vorgeschrieben worden ist, und aus diesem Grunde nicht schon die unzureichende Begründung und nicht einmal unter allen Umständen der gänzliche Mangel von Ent-

scheidungsgründen die Unterlassung der richterlichen Prüfung beweist. — Wenn aber die vorliegenden Umstände solche Unterlassung klarlegen, so ist der weiteren Beschwerde stattzugeben.

So liegt die Sache hier. Soweit der Kläger den Beschluß des Landgerichtes wegen irrtümlicher Beurteilung seines gesetzlichen Pfandrechtes an den eingebrachten Sachen seines Mieters angegriffen hatte, ist das Oberlandesgericht, wie die Entscheidungsgründe des Beschlusses desselben ergeben, in eine nochmalige Prüfung der schon vom Landgerichte erörterten Frage eingetreten: ob das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters durch die Vorschrift in §. 715 Nr. 4 C.P.O. eine Einschränkung erfahren habe, und da es diese Frage in Übereinstimmung mit dem Landgerichte bejaht, ist insoweit ein neuer selbständiger Beschwerdegrund in dem Beschlusse des Oberlandesgerichtes nicht für den Kläger enthalten; der Kläger kann darum durch seine weitere Beschwerde nicht erreichen, daß auch in dieser Beziehung der landgerichtliche Beschluß wiederaufgehoben werde; insoweit ist vielmehr seine Beschwerde unzulässig. Es muß aber unter den vorliegenden Umständen für ebenso gewiß angesehen werden, daß das Oberlandesgericht die weiteren Angriffe des Klägers gegen den Beschluß des Landgerichtes nicht geprüft hat. Diese Angriffe machen nämlich ein bis dahin noch nicht zur Sprache gekommenes Recht des Klägers bezw. einen neuen rechtlichen Gesichtspunkt geltend; sie werden aber in dem Beschlusse des Oberlandesgerichtes nicht erwähnt, von den auf einem ganz anderen Gebiete sich bewegenden Entscheidungsgründen desselben auch gar nicht betroffen, und es läßt sich hiernach nicht füglich bezweifeln, daß das Oberlandesgericht sie übersehen hat, während sie doch, wie noch zu erörtern ist, von Erheblichkeit waren. Die Verwerfung der Beschwerde im Tenor des Beschlusses trifft also — wie in einem ähnlichen Falle vom dritten Civilsenate des Reichsgerichtes durch Beschluß vom 2. Dezember 1884 (Beschw.-Rep. III. 131/84) ausgesprochen ist — nach den Erwägungen des Beschwerderichters die (übergangenen) Beschwerdepunkte nicht.

Die eine jener mehrgedachten beiden Rügen des Klägers gegen den Beschluß des Landgerichtes geht dahin, daß derselbe durch Anweisung des Gerichtsvollziehers zur Herausgabe der gepfändeten Gegenstände zu Unrecht sein vermöge des Mietsverhältnisses an den eingebrachten Gegenständen des Mieters bestehendes Retentionsrecht verletze. Da nach den Akten angenommen werden muß, daß Beklagter

jetzt nicht mehr bei dem Kläger wohnt, und die Anweisung an den Gerichtsvollzieher dahin zu verstehen ist, daß er die Sachen an den Beklagten herausgeben solle, so würde in der That durch die Ausführung dieser Anweisung ein etwa begründetes Retentionsrecht des Klägers an den fraglichen Gegenständen vernichtet werden. Daß nun dem Vermieter ein solches Retentionsrecht zusteht, ist unbezweifelten Rechtens.

Vgl. §. 395 A.L.R. I. 21; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 1 §. 304 S. 937 flg.; Eccius, Theorie ꝛc 5. Aufl. Bd. 2 §. 136 S. 207 Note 241.

Dasselbe besteht darin, daß der Vermieter sich durch Zurückhaltung der eingebrachten Sachen des Mieters wegen seiner Ansprüche aus dem Mietsverhältnisse sichern kann. Sollte nun auch — wovon bei den insoweit unanfechtbaren Beschlüssen des Oberlandesgerichtes und Landgerichtes auszugehen ist — das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters durch den §. 715 Nr. 4 C.P.O. eine Einschränkung erfahren haben, so würde diese doch nicht weitergehen, als daß die in dem Pfandrechte enthaltene Befugnis zur Pfändung und Veräußerung der von der Vorschrift in §. 715 Nr. 4 betroffenen Gegenstände wegfällt. Die Befugnis des Vermieters zur Zurückbehaltung wird dadurch aber nicht berührt, in dieser Beziehung ist vielmehr das frühere Landesrecht maßgebend geblieben. Dieses enthält nun freilich (in Anhang 302 zu §. 60 A.G.O. I. 44, vgl. Koch, Kommentar zu §. 395 A.L.R. I. 21) auch eine das Zurückbehaltungsrecht des Vermieters einengende Bestimmung, wonach einem Mieter, welcher Künstler oder Handwerker ist, insofern er andere Mobilien besitzt, keine zur Ausübung seiner Kunst oder Handwerkes erforderlichen Werkzeuge und Sachen vorenthalten werden dürfen. Dieselbe setzt aber, wie hieraus ersichtlich, für die von ihr getroffene Begünstigung des Mieters die — darum vorkommenden Falles vom Mieter zu erweisende — Bedingung, daß er andere Mobilien besitzt, welche der Vermieter zurückhalten könne. Ob vorliegenden Falles diese nach den Akten in der That vom Beklagten behauptete Bedingung vorliege, hätte schon das Landgericht, ebenso aber das Oberlandesgericht auf erhobene Rüge des Klägers prüfen müssen, und da dies nicht geschehen, von hier aus aber eine Prüfung dieser rein thatsächlichen Frage nicht ohne Anordnung einer weiteren Verhandlung möglich ist, so erschien es zweckmäßig, den Beschluß des Oberlandesgerichtes insoweit

aufzuheben und die Sache zur nochmaligen Prüfung und Entscheidung über die gegen den landgerichtlichen Beschluß von dem Kläger geführte Beschwerde in dieser Beziehung an die vorige Instanz zurückzuverweisen.

Zu derselben Maßregel muß auch die vom Oberlandesgerichte unterlassene Prüfung der weiteren Rüge des Klägers führen: daß unter den nach Anordnung des Landgerichtes dem Beklagten zurückzugebenden Pfandsachen vier näher bezeichnete Gegenstände nicht zu dem unentbehrlichen Handwerksgeräte des Beklagten gehörten, also jedenfalls weder zurückgegeben, noch von der Pfandhaft befreit zu werden brauchten. Es ist freilich nicht richtig, daß das Landgericht — wie der Kläger unterstellt — den Gerichtsvollzieher ohne weiteres zur Herausgabe sämtlicher gepfändeten Gegenstände angewiesen hätte; es hat diese Anweisung vielmehr dahin beschränkt: soweit jene Gegenstände dem Beklagten zur persönlichen Ausübung seines Berufes unentbehrlich seien; es hat also zunächst dem Gerichtsvollzieher die Prüfung und Entscheidung über die (vom Beklagten behauptete) Unentbehrlichkeit des gepfändeten Handwerksgerätes überlassen. Es mag dahingestellt bleiben, ob dies zulässig oder auch nur zweckmäßig war, nachdem einmal über die Pfändungsfähigkeit der gepfändeten Sachen Streit entstanden war; jedenfalls durfte das Oberlandesgericht sich der Entscheidung dieses Streites nicht entziehen, als der Kläger im Beschwerdewege die Unentbehrlichkeit bestimmter Gegenstände ausdrücklich bestritt. Daß das Oberlandesgericht diese Entscheidung unterlassen, enthält eine neue und selbständige Beschwerung des Klägers, welche, wenn nicht schon aus dem vorhin erörterten Grunde eine Aufhebung des angefochtenen Beschlusses eintreten müßte, zu einer Aufhebung desselben in Ansehung dieser vier gepfändeten Gegenstände und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht zur nochmaligen Prüfung und Entscheidung dieser wegen ihrer nicht klar vorliegenden thatsächlichen Qualifizierung von hier aus nicht ohne weitere Verhandlung zu beurteilenden Frage führen mußte. Kann die Unentbehrlichkeit dieser vier Gegenstände für den Handwerksbetrieb des Beklagten nicht nachgewiesen werden, so ist bezüglich dieser Gegenstände durch den landgerichtlichen Beschluß nicht bloß das Retentionsrecht, sondern auch das Pfändungsrecht des Klägers verletzt worden, und es unterliegt dann der landgerichtliche Beschluß nicht bloß hinsichtlich der dem Gerichtsvollzieher erteilten Anweisung

zur Zurückgabe der gepfändeten Gegenstände an den Beklagten (statt in die Detention des Klägers), sondern bezüglich dieser Gegenstände auch in Ansehung des verneinten Pfändungsrechtes des Klägers der Aufhebung.

Über die Kosten der gegenwärtigen Beschwerdeinstanz ist vom Oberlandesgericht bei Erledigung der an dasselbe zurückverwiesenen Beschwerde Entscheidung zu treffen."

---

101. 1. Inwiefern ist die Anwendbarkeit des §. 685 Abs. 1 C.P.O. auf Beschlüsse des Vollstreckungsgerichtes, anstatt der in §. 701 C.P.O. vorgesehenen sofortigen Beschwerde, dadurch bedingt, daß der Beschluß ohne beiderseitiges Gehör der Parteien ergangen sei?

2. Verhältnis der Bestimmung des §. 685 Abs. 1 C.P.O. zu denjenigen Vorschriften, durch welche gewisse Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren dem Prozeßgerichte erster Instanz übertragen werden.

Ferienſenat. Beschl. v. 14. September 1887 i. S. v. P. (Kl.) w. P. gen. S. (Bekl.) Beschw.-Rep. V. 92/87.

I. Amtsgericht Werl.
II. Landgericht Dortmund.
III. Oberlandesgericht Hamm.

Das Amtsgericht hatte zum Zwecke der Vollstreckung einer von dem Landgerichte durch ein Urteil getroffenen einstweiligen Verfügung den Kläger auf dessen Antrag ermächtigt, eine gewisse Handlung, welche nach der einstweiligen Verfügung der Beklagte vornehmen sollte, nach Maßgabe des §. 773 Abs. 1 C.P.O. auf Kosten des Beklagten vornehmen zu lassen. Die hiergegen vom Beklagten erhobene sofortige Beschwerde war vom Landgerichte als unbegründet zurückgewiesen, eine weitere Beschwerde des Beklagten vom Oberlandesgerichte unter Hinweis auf §. 531 Abs. 2 C.P.O. als unzulässig verworfen worden. Auch hierüber beschwerte sich der Beklagte von neuem, indem er geltend

machte, daß in mehrfacher Beziehung der landgerichtliche Beschluß ihm einen neuen selbständigen Beschwerdegrund dargeboten habe; das Reichsgericht wies aber diese Beschwerde als eine unbegründete zurück.

Aus den Gründen:

„In erster Reihe hat . . . der Beklagte als neuen selbständigen Beschwerdegrund für die vorige Beschwerde geltend gemacht, daß das Landgericht verschiedene Umstände, welche nach des Beklagten Meinung seiner ersten Beschwerde zur Seite standen, „nicht erwogen" habe, nämlich folgende Umstände: daß das Amtsgericht der Zuständigkeit für den Beschluß vom 7. Juni ermangelt habe, weil das Urteil, um dessen Vollstreckung es sich handelte, nicht von ihm, sondern vom Landgerichte zu D. erlassen, nach §. 773 Abs. 1 C.P.O. für einen Beschluß, wie den hier in Rede stehenden, nur das Prozeßgericht erster Instanz, nicht das Vollstreckungsgericht als solches, zuständig, und dieser Punkt von Amts wegen zu beachten sei; daß das Urteil, um dessen Vollstreckung es sich handelte, und welches eine einstweilige Verfügung getroffen hatte, am 2. April 1887 verkündet sei und folglich nach §. 815 verglichen mit §. 809 Abs. 2 C.P.O. nach dem 16. April 1887 nicht mehr habe vollstreckt werden dürfen, während der Antrag des Klägers, welchem das Amtsgericht durch den Beschluß vom 7. Juni entsprach, erst am 14. Mai angebracht worden ist; endlich daß das Amtsgericht, entgegen dem §. 776 C.P.O., vor der Entscheidung den Beklagten nicht ordnungsmäßig gehört habe, insofern es die Aufforderung zur Erklärung auf den klägerischen Antrag zwar dem Beklagten selbst, nicht aber seinem Prozeßbevollmächtigten hat zustellen lassen. Von diesen drei Punkten, welche sämtlich vom Beklagten in seiner gegen den Amtsgerichtsbeschluß gerichteten Beschwerdeschrift gar nicht geltend gemacht waren, hatte das Landgericht in seinen Entscheidungsgründen den ersten berührt, insofern es hervorhob, daß der Beschwerdeführer die Zuständigkeit des Amtsgerichtes nicht in Frage gestellt habe, und damit andeutete, daß nach seiner, des Landgerichtes, Ansicht dieser Punkt nicht von Amts wegen in Betracht zu ziehen sei; die beiden anderen Punkte kamen in diesen Entscheidungsgründen überhaupt nicht vor. Hier liegt also weiter nichts vor, als daß das Landgericht den beregten drei Punkten nicht diejenige Bedeutung für die Entscheidung der Sache beigemessen hat, welche ihnen nach der jetzigen Auffassung des Beklagten, und vielleicht auch nach richtiger Beurteilung zugekommen wäre. Inwiefern dies einen

neuen selbständigen Beschwerdegrund darstellen sollte, ist gar nicht abzusehen.

Eventuell hat aber der Beklagte gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes eingewandt, es sei verkannt, daß, da das Amtsgericht seinen fraglichen Beschluß offenbar in seiner Eigenschaft als Vollstreckungsgericht erlassen habe, derselbe noch gar nicht dem Rechtsmittel der Beschwerde unterlegen habe, sondern nach §. 685 Abs. 1 C.P.O. nur erst mit einer beim Amtsgerichte selbst anzubringenden Erinnerung anzufechten gewesen sei, daß deshalb die erste Beschwerde vom Landgerichte hätte als unzulässig verworfen werden sollen, und daß das Landgericht, indem es statt dessen in der Sache selbst endgültig gegen den Beklagten entschieden habe, diesen in eine ungünstigere Rechtslage gebracht habe, als in welcher er sich vorher befand, und ihm damit einen neuen selbständigen Beschwerdegrund gegeben habe. Der Beklagte beruft sich dabei auf die Ausführungen des Reichsgerichtes in dessen Entsch. in Civils. Bd. 16 S. 318 flg. Auch ist in der That davon auszugehen, daß in §. 685 Abs. 1 C.P.O. Anträge, Einwendungen und Erinnerungen auch gegen Verfügungen des Vollstreckungsgerichtes selbst vorgesehen sind — wie vom Reichsgerichte ferner auch a. a. O. Seite 348 angenommen worden ist —, daß, soweit diese Bestimmung reicht, vor Erledigung einer beim Vollstreckungsgerichte selbst anzubringenden Einwendung oder Erinnerung von einer nach §. 701 C.P.O. mit der sofortigen Beschwerde anzufechtenden „Entscheidung" noch nicht die Rede sein kann, und daß, wenn dessenungeachtet das Landgericht eine ohne weiteres erhobene Beschwerde nach sachlicher Prüfung als unbegründet verwirft, hierin für den Beschwerdeführer ein neuer selbständiger Beschwerdegrund zu finden ist. Indessen ist im vorliegenden Falle zunächst nicht einmal unzweifelhaft, ob das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht hat handeln wollen, und ob es sich nicht vielmehr irrigerweise für das Prozeßgericht erster Instanz gehalten hat, welches nach §. 773 Abs. 1 a. a. O. gegebenen Falles zur Ermächtigung des Gläubigers, auf Kosten des Schuldners die betreffende Handlung vornehmen zu lassen, zuständig ist; und daß die Bestimmung des §. 685 Abs. 1 a. a. O. nicht auf Fälle anzuwenden ist, wo das Prozeßgericht erster Instanz nach Maßgabe der §§. 773—775 C.P.O. eine zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehörende Verfügung getroffen hat, versteht sich von selbst. Will man es aber auch für wahrscheinlicher halten, daß das Amtsgericht

als Vollstreckungsgericht zu verfügen gemeint habe, zumal da der Kläger dasselbe unter Bezugnahme auf §. 684 Abs. 2 a. a. O. angerufen hatte, so leidet doch selbst unter dieser Voraussetzung der §. 685 Abs. 1 daselbst hier keine Anwendung. Mit Recht ist in der angeführten Entscheidung des Reichsgerichtes die Zulässigkeit einer Gegenvorstellung gegen Beschlüsse des Vollstreckungsgerichtes in inneren Zusammenhang gebracht mit der Vorschrift des §. 735, beziehentlich des §. 754 Abs. 1 a. a. O., wonach der Schuldner vor der Pfändung von Forderungen und anderen Vermögensrechten gar nicht gehört werden darf. Es bedarf hier nun keiner Entscheidung, ob in allen Fällen, wo, wie z. B. nach §. 743 Abs. 2 a. a. O., im Gegenteile gerade ein vorgängiges Gehör des Gegners des Antragstellers vorgeschrieben ist, oder ob vielleicht in allen Fällen, wo das Vollstreckungsgericht vor seiner Verfügung beide Parteien gehört hat, die Gegenvorstellung ausgeschlossen und vielmehr die sofortige Beschwerde ohne weiteres statthaft ist: soviel ist jedenfalls unzweifelhaft, daß dies immer da gelten muß, wo beides zusammentrifft, wo vorgängiges beiderseitiges Gehör sowohl vorgeschrieben ist, als auch stattgefunden hat. Ein solcher Fall ist hier gegeben. Die betreffende Vorschrift findet sich in §. 776 a. a. O., und das Amtsgericht hat derselben nachkommen wollen, indem es den Antrag des Klägers dem Beklagten zur Erklärung innerhalb zehn Tage mitteilte. Ob hierin, da der Beklagte einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hatte, nicht andererseits ein Verstoß gegen den §. 162 in Verbindung mit den §§. 163. 77 a. a. O. lag, kommt nicht in Betracht; denn hier handelt es sich nur darum, unter welche Kategorie von Beschlüssen der in Rede stehende nach der erkennbaren Absicht des Amtsgerichtes selbst fallen sollte, da nur dies für das von der Partei gegen denselben zu ergreifende Rechtsmittel maßgebend sein konnte. Es ergiebt sich also, daß, da auch der Amtsgerichtsbeschluß vom 7. Juni 1887 schon ein endgültiger, nicht ein unter den angezogenen §. 685 Abs. 1 a. a. O. fallender war, das Landgericht durch seinen bestätigenden Beschluß die Lage des Beschwerdeführers keineswegs formell verschlechtert, folglich dem letzteren keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund gegeben hat." ...

102. Vollstreckung des Urteiles auf Befreiung von einer Bürgschaft. Rechtskraft eines Beschlusses.

Ferienſenat. Beſchl. v. 14. September 1887 i. S. A. (Bekl.) w. B. (Kl.) Beſchw.-Rep. VI. 127/87.

I. Landgericht Frankfurt a./M.
II. Oberlandesgericht daſelbſt.

Aus den Gründen:

„Der Beklagte iſt rechtskräftig verurteilt, die Klägerin, welche ſich für ihn bei der Firma G. & O. wegen einer Forderung von 1000 ℳ verbürgt hat, von dieſer Bürgſchaft zu befreien.

Nachdem die Klägerin beantragt hatte, ihn gemäß §. 774 C.P.O. zu dieſer Befreiung durch Geldſtrafe anzuhalten, und auf eine ſolche erkannt war, ſtellte ſie auf Grund des §. 773 a. a. O. den anderweiten Antrag, ſie zu ermächtigen, ihre Befreiung von der Bürgſchaft durch Befriedigung der Gläubigerin des Beklagten auf deſſen Koſten ſelbſt vorzunehmen und den Beklagten zur Vorauszahlung der hierzu erforderlichen 1000 ℳ an ſie zu verurteilen.

Dieſem Antrage, welchen das Landgericht zurückwies, weil nur der §. 773 C.P.O. anwendbar ſei, iſt auf ſofortige Beſchwerde der Klägerin durch den gedachten Beſchluß des Oberlandesgerichtes ſtattgegeben.

Die weitere ſofortige Beſchwerde des Beklagten erſcheint nicht begründet.

Die Ausführung des Beſchwerdeführers, durch den nicht angefochtenen Beſchluß, welcher die Geldſtrafe verhängt, ſei die alleinige Anwendbarkeit des §. 774 C.P.O. rechtskräftig feſtgeſtellt, iſt unzutreffend, da nur die Entſcheidung, daß der Bekagte Geldſtrafe zu zahlen habe, nicht auch der Grund derſelben, die Annahme der Anwendbarkeit der bezeichneten Vorſchrift, der Rechtskraft fähig war.

Mit Recht hält das Oberlandesgericht im vorliegenden Falle nicht den §. 774, ſondern den §. 773 C.P.O. allein für maßgebend.

Der §. 774 a. a. O. bezieht ſich nur auf die Vollſtreckung von Handlungen, welche nicht durch einen Dritten (im Gegenſatze zum Schuldner), ſondern wegen ihrer individuellen, perſönlichen Natur nur durch den Schuldner ſelbſt vorgenommen werden können, wie

Rechnungslegung, Ableistung des Offenbarungseides oder Fortsetzung der Ehe.

Der §. 773 a. a. O. dagegen hat die Vollstreckung aller übrigen Handlungen zum Gegenstande, deren Vornahme nicht bloß durch den Schuldner, sondern ebenso durch einen Dritten, namentlich auch durch den die Vollstreckung betreibenden Gläubiger erfolgen kann, mit anderen Worten der vertretbaren Handlungen.

Zu den letzteren gehört auch die Befreiung eines Bürgen oder eines anderen Schuldners, insbesondere durch Befriedigung des Gläubigers; denn, um dieselbe herbeizuführen, bedarf es nicht der Einwilligung des Schuldners, vielmehr kann auch gegen dessen Willen die Tilgung seiner Schuld durch jeden Dritten vorgenommen werden.

Die Klägerin hätte hiernach im wörtlichen Anschlusse an §. 773 C.P.O. beantragen können, daß sie ermächtigt werde, die Befriedigung der Gläubigerin des Beklagten auf dessen Kosten vornehmen zu lassen. Aber auch ihr Antrag, sie selbst zu dieser Handlung zu ermächtigen, entspricht den Worten und dem Sinne der gedachten Vorschrift, weil sie damit nur verlangt, daß der Schuldner dieselbe eben durch sie vornehmen lasse.

Nicht minder erscheint nach §. 773 Abs. 2 a. a. O. ihr Anspruch begründet, daß der Beklagte zur Vorauszahlung derjenigen 1000 ℳ verurteilt werde, welche von ihr aufgewendet werden müssen, um durch Befriedigung der Gläubigerin des Beklagten ihre Befreiung von der übernommenen Bürgschaft herbeizuführen.

Daß sie nach §. 778 C.P.O. diesen Betrag von dem Beklagten auch mit einer besonderen Klage als ihr Interesse hätte fordern können, steht dem Antrage, ihn auf Grund des §. 773 a. a. O. im Wege sofortiger Zwangsvollstreckung zur Vorauszahlung desselben anzuhalten, ebenfalls nicht entgegen. Vielmehr hing es von ihrer freien Wahl ab, den einen oder anderen Weg einzuschlagen."

Register.

Die beigesetzten Zahlen beziehen sich auf die Seiten.

A. Sachregister.

A

Abfindung.
S. „Familienfideikommiß".

Acceptationsfrist, bei durch Mittelspersonen verhandelten Verträgen 10

Actio doli.
S. „Aktiengesellschaft".
— de filiatione affirmativa et negativa 185
— de in rem verso . . . 358
— de patria potestate negativa 185
— negotiorum gestorum contraria, Voraussetzungen nach rhein. R. 357
— Pauliana 149

Adel, hoher; Hausgesetze desselben; ist Bestätigung durch den Kaiser Voraussetzung ihrer Gültigkeit? 202
— Auslegung derselben . 203
— Mitwirkung des Familienhauptes bei Abschluß der Familienverträge 215
S. „Familienfideikommiß"; „Mißheirat"; „Primogeniturrecht".

Adjudikation; kann ein Grundstück, welches ein eigenes Blatt im Grundbuche hat, stillschweigend zugleich mit einem anderen Grundstücke durch Adjudikation in das Eigentum eines Anderen übergehen? 278

Aftererbsetzung; Verbot derselben 326

Agent.
S. „Verkaufsagent".

Aktiengesellschaft; Gründung. Vereinbarungen zwischen den Gründern und den Aktienzeichnern über die Zahlung der gezeichneten Aktien 2. 64
— kann sich der Aktionär der Pflicht zur baren Einzahlung des Aktienbetrages auf Grund eines mit der Aktiengesellschaft geschlossenen Kompensationsvertrages entziehen, wonach die Verpflichtung aus den Aktien auf in Zukunft entstehende oder fällig werdende Forderungen aufgerechnet werden soll? 3
— vertragsmäßige Kompensation bereits fälliger Forderungen 5
— gesetzliche Kompensation nach Ausbruch des Konkurses der Gesellschaft 5
— findet Art. 223 H.G.B. in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juli 1884 Anwendung, wenn unter der Herrschaft dieses Gesetzes

Ansprüche aus einer früheren Geschäftsführung erhoben werden? 61

Aktiengesellschaft; hat die Vorschrift des Art. 223 H.G.B. über das Erfordernis eines Beschlusses der Generalversammlung zur Erhebung des Anspruches die Bedeutung eines Legitimationserfordernisses für die Klagerhebung? 61

— Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrates, Verpflichtung zur Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers 65

— Dechargebeschluß der Generalversammlung, Bedeutung eines auf Grund unvollständiger und irreführender Vorlagen ergangenen? 63

— kann die Aktiengesellschaft aus einer Angabe über die Beschaffenheit einer Sacheneinlage, welche der Einbringende gegen die demnächstigen Mitkontrahenten bei den Verhandlungen vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages gemacht hat, Rechte herleiten? . . 66

— kann die Aktiengesellschaft aus einer böswilligen Wertsübersetzung der Einlagen seitens der Gründer gegen diese einen Schadensersatzanspruch mit der actio doli herleiten? 70

— haben die Gesellschaftsorgane, insbesondere der Aufsichtsrat die Pflicht, den Gründungshergang nachzuprüfen? 74

— actio doli gegen eine Aktiengesellschaft aus Verpfändung ihrer eigenen, infolge einer falschen Bilanz in die Höhe getriebenen Aktien durch eine vorgeschobene Person 116

Aktiengesellschaft; inwieweit haftet die Aktiengesellschaft aus den Delikten des Vorstandes? . 120

S. „Stempelsteuer".

Analogie 34

Anerbrecht; Verlust desselben durch Aufheiratung auf einen anderen Hof? 190

— stillschweigender Verzicht auf dasselbe 195

Anerkenntnisse der Provinzialsteuerdirektoren über Steuervergütung für ausgeführten Zucker.

S. „Stempelsteuer".

Anfechtung der Ehe wegen Betruges über die Vermögensverhältnisse 223

— der Rechtmäßigkeit eines während der Ehe geborenen Kindes durch den Ehemann . . 290

— der Rechtshandlungen eines Schuldners im Konkurse; ist bei Anfechtung eines Vertrages aus §. 24 Ziff. 2 K.O. eine Benachteiligung der Gläubiger als ausgeschlossen anzusehen, wenn das Entgelt dem Werte der veräußerten Sache völlig entspricht? 122

— ist die rheinische Urteilshypothek nach §. 23 Ziff. 2 K.O. anfechtbar? 134

— der Urteile, soweit eine dadurch erlangte Sicherung in Frage kommt? 138

— außerhalb des Konkursverfahrens; muß der zur Anfechtung erforderliche Schuldtitel auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sein oder kann derselbe auch die Herausgabe einer individuell bestimmten Sache betreffen? 145

Arglist.

S. „Dolus".

Arrest; auf welchem Wege kann ein Gläubiger des Arrestschuldners den gegen letzteren erlassenen Arrestbefehl angreifen? . 375
— findet die Vorschrift in §. 690 C.P.O. auch einem Arreste gegenüber Anwendung? . . 376
— genügt ein Interesse an Aufhebung des Arrestes, den Kläger zu einem Antrage auf Aufhebung zu legitimieren? . . . 376
— ist das Arrestgericht ausschließlich zuständig für die Entscheidung über den Widerspruch gegen den Arrestbefehl? . 361. 377. 402
— kann die Unzuständigkeit des Gerichtes nach §. 10 C.P.O. beseitigt werden? 361. 377. 402
S. „Hinterlegung".

Aufheiratung auf einen anderen Bauernhof.
S. „Anerbrecht".

Auflassung; kann ein Grundstück, welches ein eigenes Blatt im Grundbuche hat, stillschweigend zugleich mit einem anderen Grundstücke durch Auflassung des letzteren in das Eigentum eines Anderen übergehen? . . 278

Aufrechnung.
S. „Aktiengesellschaft"; „Kompensation".

Aufsichtsrath.
S. „Aktiengesellschaft".

Auftrag.
S. „Bevollmächtigter".

Aussetzung des Verfahrens 384
— der Verhandlung; kann ein Revisionsgrund darin gefunden werden, daß die nach §. 134 C.P.O. beantragte Aussetzung aus einem rechtsirrigen Grunde abgelehnt ist? 188
— Zulässigkeit der Beschwerde 188
— wann anzuordnen? . . 384
S. „Beschwerde".

Autorrecht.
S. „Urheberrecht".

B

Bahnkörper.
S. „Privateisenbahn".

Bauernrecht; giebt es ein gemeines deutsches Bauernrecht? . 193
S. „Anerbrecht"; „Erbfolge".

Bauunternehmer; kann der wegen vertragswidriger Beschaffenheit des gegen einen Gesamtpreis übernommenen Gebäudes auf Schadensersatz belangte Unternehmer verurteilt werden, die zur Beseitigung der wesentlichen Mängel erforderlichen Kosten neben dem noch verbleibenden Minderwerte zu erstatten? 338

Beamte; finden auf das Beamtenverhältnis die privatrechtlichen Grundsätze über den Dienstmietvertrag Anwendung? . . 174
— Haftung für jedes Versehen 392

Bebauung; Erwerb des Eigentumes durch dieselbe 279

Bedingung bei Verträgen; Beweislast 158

Beistand; Zuziehung eines solchen bei den gerichtlichen Testamenten der Blinden und Taubstummen 307. 308

Beneficium cedendarum actionum.
S. „Bürgschaft".

Benefiziarnachlaß; Verteilung 400
— kann durch Pfändung der zur Benefiziarmasse gehörigen Gegenstände ein Pfandrecht erworben werden? (Rhein. R.) . 353

Berufung; ist sie zulässig, wenn in einem Falle, in welchem durch Beschluß hätte entschieden werden müssen, das Gericht durch Urteil erkannt hat? 362

Berufung; Zustellung der Berufungsschrift 395
S. „Rechtsmittel".
Beschwerde; ist sie gegeben, wenn über die Zulässigkeit der Nebenintervention im Endurteile entschieden ist? 140
— im Falle der Ablehnung des Antrages auf Aussetzung der Verhandlung 188
— weitere; inwiefern kann durch das von dem Beschwerdegerichte beobachtete Verfahren ein neuer selbständiger Beschwerdegrund geschaffen werden? . 427. 432
— Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör, neuer selbständiger Beschwerdegrund? 427. 432
S. „Zwangsvollstreckung".
Beschwerdegegenstand; Berechnung des Wertes, Zinsen . . 373
S. „Prioritätsstreitigkeiten".
Besitzübertragung; Erfordernisse nach rhein. Recht . . . 353
Betrug; Anfechtung der Ehe wegen Betruges über die Vermögensverhältnisse 223
— beim Kontrahieren . . 71
S. „Dolus".
Bevollmächtigter; haftet der als Bevollmächtigter Auftretende nur für das Vorhandensein der Vollmacht oder auch für die Durchführbarkeit des Anspruches gegen den Vollmachtgeber? . . 158
— Klage gegen den falsus procurator auf Erfüllung oder Schadenersatz, Beweislast . 158
— Verhältnis des Auftrages im Namen des Auftraggebers zu handeln zu dem Auftrage als Kommissionär aufzutreten? . 160
Beweisgebühr; ist sie voll oder nur zur Hälfte zu erheben, wenn der Schwurpflichtige die Eidesleistung verweigert? . . 403
Beweislast bei Klagen aus einem in eigenem Namen oder aus einem bedingungslos abgeschlossenen Vertrage, wenn der Beklagte den Abschluß im fremden Namen oder unter einer Bedingung behauptet? 158
Blinder; bedarf es bei gerichtlichen Testamenten desselben der Zuziehung eines Beistandes? 308
Bösliche Verlassung.
S. „Ehescheidung"; „Kompensation".
Bürgschaft; kann der Bürge bei Zahlung der verbürgten Schuld die Abtretung der dem Gläubiger gegen die Mitbürgen zustehenden Klagen verlangen? . . 236
— ist der Gläubiger dem Bürgen, der Bürge dem Rückbürgen zur Diligenz, insbesondere zur Bewahrung der ihm gegen dritte Mitverpflichtete zustehenden Klagen verpflichtet? . . . 237
— ist der Bürge behufs Erhaltung seines Anspruches gegen den Rückbürgen verpflichtet, sich vom Gläubiger bei der Zahlung die Klagerechte desselben gegen die Mitbürgen abtreten zu lassen? 237. 239
— kann der Bürge nach vorbehaltlos geleisteter Zahlung vom Gläubiger die Abtretung der Klage fordern? 240
— Vollstreckung des Urteiles auf Befreiung von einer Bürgschaft 435

C

Cession; Signifikation derselben, Wirkung in bezug auf Kompensationsansprüche, welche der Schuldner nach der Signifikation gegen den Cedenten erworben hat? 333

Cession; einer in sich mangelhaften und der Auflösung unterworfenen Forderung 334
Collision der Gesetze.
S. „Gesetz".
Compensation.
S. „Kompensation".
Concurrence déloyale . . 100
Condictio indebiti . 311. 334
S. „Kaufvertrag".

D

Dechargebeschluß der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft 63
Decretum Divi Marci; fortdauernde Gültigkeit? . . 218
Delikt.
S. „Aktiengesellschaft"; „Gesetz".
Desertionsklage.
S. „Ehescheidung".
Dienstmietvertrag; Haftung des Dienstherrn für den durch mangelhafte Beschaffenheit von Lokalitäten, Arbeitswerkzeug ꝛc verursachten Schaden . . . 176
Dingliche Rechte, Erwerb; bildet die Kenntnis der obligatorischen Verpflichtung des eingetragenen Eigentümers, einem Anderen das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, ein Hindernis für den Erwerb dinglicher Rechte an dem Grundstücke? . . 299
— sind die Vorschriften des A.L.R. über den Einfluß des guten Glaubens auf den Erwerb von dinglichen Rechten durch die Grundbuchgesetzgebung aufgehoben? 300
Dispositionsstellung.
S. „Kaufvertrag".
Domizilierung eines Wechsels.
S. „Wechsel".
Dolus; Begriff, dolus in contrahendo 71
Dolus; actio doli 70
— bei der Benutzung, Anmeldung und Eintragung eines Warenzeichens 99
— steht der Annahme eines dolosen Verhaltens der Umstand entgegen, daß der, welcher außerkontraktlich eine schädigende Handlung vorgenommen hat, nicht aus eigener Initiative, sondern auf Veranlassung des Geschädigten gehandelt hat? 119
S. „Aktiengesellschaft".
Donatio sub modo.
S. „Schenkung".
Don manuel.
S. „Schenkung".
Droit de préference . . 343
Droit de suite 343

E

Edition der Handelsbücher des Kommissionäres auf Verlangen des Kommittenten . . . 24
Ehe; Nichtigkeitserklärung, Vertretung der Staatsanwaltschaft, Zustellung der Rechtsmittelschrift 407
— Anfechtung wegen Betruges 229
Ehebruch; Einrede des Ehebruches gegen die Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens 227
S. „Ehescheidung", „Kompensation".
Ehegatten; Schenkungen . 329
Ehelichkeit der Kinder; kommt die in §. 1 A.L.R. II. 2 aufgestellte Vermutung der Ehelichkeit auch den Kindern zu statten, welche in einer demnächst für ungültig erklärten Ehe geboren sind? 288
— der Kinder, welche während der Ehe geboren, aber nicht in der Ehe erzeugt sind? . . . 288
Ehescheidung; wird die Klage auf Ehescheidung wegen böslicher Ver-

lassung durch einen von der klagenden Ehefrau während der Abwesenheit des Mannes begangenen Ehebruch ausgeschlossen? . 226
Ehescheidung; Kompensation der Scheidungsgründe . . . 228
— ist die Darlegung eines den ehelichen Pflichten entsprechenden Verhaltens des klagenden Ehegatten zur Begründung der Ehescheidungsklage überhaupt oder doch wegen böslicher Verlassung erforderlich? 230
— ist die Ehescheidungsklage abzuweisen, wenn vor der Anberaumung des Verhandlungstermines ein Sühnetermin nicht stattgefunden hat? 364
— muß der Sühnetermin vor dem Amtsgerichte stattfinden, bei welchem der Ehemann zur Zeit der Klagerhebung seinen allgemeinen Gerichtsstand hat? . . . 364
— muß der Sühnetermin wiederholt werden, wenn der Ehemann nach erfolglos abgehaltenem Sühnetermine vor Anstellung der Klage seinen Wohnsitz verlassen hat? 365
S. „Erziehungsrecht".
Eid; Verweigerung desselben 403
— Bedeutung des im Urkundenprozesse abgeleisteten Eides für das Nachverfahren . . . 380
— Wirkung eines in einem von zwei verbundenen Prozessen vor angeordneter Verbindung geleisteten Eides auf die Entscheidung des anderen Prozesses? . . 380
— Zuschiebung; setzt die Bestimmung in §. 411 C.P.O., daß die Eideszuschiebung über eine Thatsache, deren Gegenteil das Gericht als erwiesen erachtet, unzulässig ist, voraus, daß eine Beweisaufnahme stattgefunden hat? 163
Eigentum; Beschränkungen des Eigentumsrechtes im Sinne des §. 11 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 299
— hindert die Kenntnis von einem Rechte zur Sache eines Dritten den Eigentumserwerb? . 300
— sind die Vorschriften des A.L.R. über den Einfluß des guten Glaubens auf den Erwerb von Eigentum durch die Grundbuchgesetzgebung aufgehoben? . . 300
S. „Adjudikation"; „Auflassung"; „Dingliche Rechte"; „Enteignung"; „Negatorienklage"; „Pertinenz".
Einkaufskommission; hat der Kommissionär, welcher den Auftrag durch Einkauf von einem Dritten ausgeführt haben will, zu beweisen, daß ein der Ausführungsanzeige entsprechend abgeschlossenes Geschäft in Beziehung auf den erteilten Auftrag erfolgt sei? 21
— Zulässigkeit des Gegenbeweises 23
Einrede der Vorausklage 238
Einwerfung; findet Art. 918 Code civil Anwendung, wenn ein Hausgrundstück mit Vorbehalt eines lebenslänglichen Wohnungsrechtes an einen zur Erbschaft in gerader Linie Berufenen veräußert ist? 322
Eisenbahn; Betriebsreglement §. 50 170
— ist der Absender berechtigt, einen bestimmten Transportweg vorzuschreiben, wenn der Transport durch das Ausland gehen soll? 170
— sind die Eisenbahnen zur Übernahme von Gütern zum Transporte mit durchgehendem Frachtbriefe verpflichtet? . . . 170
— wird der Transport zwischen

zwei im Inlande liegenden Orten dadurch zu einem Transporte ins Ausland, daß einer der Transportwege durch das Ausland führt? 171
S. „Privateisenbahn".
Enteignung; rechtliche Natur, Kaufgeschäft? 345
S. „Kaufvertrag".
Entmündigungsverfahren . 405
S. „Zustellung"; „Staatsanwaltschaft".
Entwährung des Kaufobjektes.
S. „Kaufvertrag".
Erbfolge in Bauergüter . 193
Erinnerung.
S. „Zwangsvollstreckung".
Erbpacht; rechtliche Natur des Verhältnisses 254
— kann, wenn ein zu einem Gute gehörendes Grundstück in Erbpacht gegeben ist, das Recht auf Bezug der Erbpacht von dem Gute abgetrennt werden? 254
Erbschaftsklage; Verbindung mit der Singularklage . . . 179
— Passivlegitimation . . 179
Erziehungsrecht des Vaters bezw. der Mutter 186
— Bedeutung des Anhängigseins eines Ehescheidungsprozesses für dasselbe 187
Etiketten; Nachahmung fremder 101
Eviktion.
S. „Kaufvertrag".
Exceptio cedendarum actionum, excussionis.
S. „Bürgschaft".
Expropriation.
S. „Enteignung".

F

Factum turpe; ist jede gegen das Gesetz verstoßende Handlung ein factum turpe? 245
Falsus procurator; Klage gegen denselben, Beweislast . . 158
Familienfideikommiß; muß das Verbot der Veräußerung in der Stiftungsurkunde ausdrücklich ausgesprochen sein? . . 207
— Erbfolge beim Aussterben der agnatischen Familie . . 209
— Bedeutung der eventuellen Berufung der Kognaten nach dem Aussterben des Mannsstammes zur Succession? . . . 209
— Bedeutung und Wirkung der Zahlung von Abfindungen an die nachgeborenen Geschwister des zur Succession berufenen Erstgeborenen auf deren Successionsrechte? 212
— tritt im Falle der Succession der Kognaten der Vorzug des Mannsstammes wieder hervor? 217
S. „Primogenitur".
Familienverhältnisse; Präjudizialklagen wegen Feststellung derselben 185
Feststellungsklage . . 172. 422
Fidejussio indemnitatis . 238
Firma; kann von den Teilhabern einer offenen Handelsgesellschaft unter der Firma derselben Klage aus Art. 27 H.G.B. gegen einen Dritten, welcher unbefugt ihren Familiennamen als Firma führt, erhoben werden? . . . 140
Fluß, öffentlicher.
S. „Mühlen"; „Wasserrecht".
Form eines Rechtsgeschäftes, maßgebendes Gesetz 46
Frachtvertrag mit durchgehendem Frachtbriefe 170
Freigebigkeit; kommen bei der Frage, ob das Maß der nach L.R.S. 1098 zulässigen Freigebigkeiten überschritten sei, nur Schenkungen oder auch solche Vor-

teile in Anschlag, welche der spätere Ehegatte durch den Vollzug der Bestimmungen des Ehevertrages empfangen hat? . 329
Früchte; Verteilung der Früchte des letzten Wirtschaftsjahres zwischen dem redlichen Besitzer und dem Eigentümer, dem Nießbraucher und dem Eigentümer, dem Fideikommiß-Lehnfolger und dem Allodialerben, dem Verpächter und dem Pächter? 317
— Bedeutung eines Vertrages, durch welchen die Früchte auf dem Halme einem Dritten verkauft werden? 367
— inwieweit sind die civilrechtlichen Grundsätze über die vom Boden noch nicht getrennten Früchte durch die Vorschriften der §§. 714. 725 C.P.O. abgeändert? 367
S. „Pfändung".

G

Gegenvorstellung.
S. „Zwangsvollstreckung".
Genossenschaft, eingetragene; kann der ausgeschiedene Genossenschafter zum Umlageverfahren herangezogen werden? 88
Gerichtsstand des §. 690 C.P.O. 394
S. „Arrest".
Gerichtsvollzieher; Haftung für den durch ein Versehen bei der Zwangsvollstreckung dem ihn beauftragenden Gläubiger verursachten Schaden . . . 390
S. „Pfändung".
Geschäftsausstattung; Nachahmung fremder 101
Geschäftsführung; Voraussetzungen der Klage aus der Geschäftsführung nach rhein. Recht . 357
Geschäftsführung; steht dieselbe auch demjenigen zu, welcher sein eigenes Geschäft zu führen vermeinte? 358
— Unterschied von der Klage auf Ersatz der Bereicherung (actio de in rem verso) 358
— ist für die Nützlichkeit der Geschäftsführung der schließliche Erfolg entscheidend? . . . 359
— Anspruch auf Zinsen . 360
— Verpflichtung des Geschäftsführers zur Verzinsung eingenommener Kapitalien des Geschäftsherrn 196
Geschäftsschilder, Nachahmung fremder 101
Gesellschaft; Verpflichtung des Teilhabers einer formlos geschlossenen Gesellschaft zur Rechnungslegung 280
— zum Zwecke des Spielens in einer verbotenen auswärtigen Lotterie 243
— zum Zwecke der Begehung einer strafbaren Handlung . . 244
S. „Miteigentum".
Gesetz; Anwendbarkeit des inländischen Gesetzes auf außerhalb des Inlandes begangene Handlungen 29
— nach welchem Gesetze sind die civilrechtlichen Folgen einer als Delikt angesprochenen Handlung bei der möglichen Anwendung verschiedener örtlicher Rechte zu bestimmen? 30
— Umfang der Anwendbarkeit sachenrechtlicher Grundsätze, welche ein Gesetz aufgestellt hat? . 45
— welches Gesetz ist für die Form der Rechtsgeschäfte maßgebend? 46
— zeitlicher Herrschaftsumfang des Gesetzes 61
— gilt der Satz ignorantia juris nocet (§. 12 Einl. z. A.L.R.)

allgemein oder nur in bezug auf publizierte Gesetze? . . 262
Gesetz; unter welchen Umständen ist die Unkenntnis lokaler, nicht publizierter Rechtsnormen als ein entschuldbarer Irrtum zu betrachten? 264
Gewährleistungspflicht des Verkäufers.
S. „Kaufvertrag".
Giro des Trassanten „ohne Obligo" 113
Glaube, guter; sind die Vorschriften des A.L.R. über den Einfluß derselben auf den Erwerb von dinglichen Rechten und Eigentum durch die Grundbuchgesetzgebung aufgehoben? . 300
Graphische Kunst; Begriff und Wesen im Gegensatze zur plastischen 107
Gründer.
S. „Aktiengesellschaft".

H

Handelsbücher; sind die Handelsbücher des Kommissionäres wegen des Kommissionsverhältnisses für ihn und den Kommittenten als gemeinschaftliche Urkunden anzusehen? 24
Handelsgesellschaft, offene; ist sie ein von den Personen der Gesellschafter verschiedenes Rechtssubjekt? 140
— ist die Übertragung eines Gesellschaftsanteiles Veräußerung eines Sachenmiteigentumes oder Abtretung eines Forderungsrechtes
— — bei der offenen Gesellschaft 41
— — bei der stillen Gesellschaft 43
— — bei der Kommanditgesellschaft 43
— rechtliche Qualifizierung des Inhaltes des Vermögensanteiles des einzelnen Gesellschafters bei der offenen und Kommanditgesellschaft 43
Handelsgesellschaft; Schenkung eines Gesellschaftsanteiles von Todes wegen 45
— kann ein ausgeschiedener Gesellschafter für eine Saldoforderung aus einem Kontokorrentverhältnisse in Anspruch genommen werden, wenn der Kontokorrentverkehr zwischen der Gesellschaft und dem Dritten nach Ausscheiden des Gesellschafters fortgesetzt und jener Saldo in neue Rechnung übertragen ist? 247
S. „Firma".
Handelskauf.
S. „Kaufvertrag".
Handgeschenk.
S. „Schenkung".
Hausgesetze.
S. „Adel".
Hereditatis petitio.
S. „Erbschaftsklage".
Hinterlegung zum Zwecke der Abwendung des Arrestvollzuges 286
— gilt im Sinne des §. 24 der Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 der Arrest als beseitigt, wenn er durch ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben ist? 287
— inwieweit steht der staatlichen Hinterlegungsstelle die Entscheidung über die Auszahlung des hinterlegten Geldes zu? . 284
Hypothek; Klage auf Bewilligung der Löschung einer durch Fortfall der dadurch gesicherten Verbindlichkeit erledigten Hypothek 266
— kann nach badischem und französischem Rechte eine Inhaberhypothek bestellt werden? 347
S. „Kautions-", „Urteilshypothek".

I

Ignorantia juris nocet; gilt diese Regel allgemein, auch von gewohnheitsrechtlichen Normen? 262
Illegitimitätsklage; Zulässigkeit 185
Inaedificatio.
S. „Bebauung".
Indossament.
S. „Wechsel".
Inhaberhypothek.
S. „Hypothek".
Inhaberpapier; rechtlicher Charakter und Wesen 8
— verliert dasselbe dadurch, daß es von dem Aussteller zurückerworben wird, seine Kraft den Besitzer zum Gläubiger zu machen 9
S. „Stempelsteuer"; „Wertpapiere".
Insinuation.
S. „Schenkung".
Interventionsklage; kann eine Interventionsklage aus § 690 C.P.O. auf ein zwischen dem Schuldner und dem Interventionskläger bestehendes obligatorisches Verhältnis gestützt werden? . . 366
— kann Widerspruch gegen eine Zwangsvollstreckung durch Pfändung von Früchten auf dem Halme auf einen Vertrag gestützt werden, durch welchen der Eigentümer der Früchte dieselben dem Kläger verkauft hat? 365
Irrtum.
S. „Gesetz".

K

Kaufpreis.
S. „Kaufvertrag".
Kaufvertrag; Mängelanzeige nach Art. 347 H.G.B. . . . 55
— können nach Empfangnahme der Ware vom Käufer noch Rügen wegen Mängel erhoben werden? 155
Kaufvertrag; ist der Verkäufer, nachdem er die Zurücknahme der übersandten und zur Disposition gestellten Waren verweigert und auf Zahlung geklagt hat, befugt, die Dispositionsstellung anzunehmen? 162
— begründet die Entwährung des Kaufobjektes für den Käufer einen Anspruch auf Auflösung des Vertrages oder nur einen Entschädigungsanspruch? . . . 333
— ist die Gewährleistung als eine die Gegenleistung des Kaufpreises bedingende Erfüllung des Vertrages anzusehen? . . . 333
— kann der Käufer, wenn er den Kaufpreis an einen Cessionar gezahlt hat und nach der Zahlung die Entwährung des Kaufobjektes eintritt, die Zahlung als Nichtschuld kondizieren? . . 334
— Gültigkeit der Novation der Kaufpreisforderung in eine Darlehnsforderung, wenn nach der Novation die Entwährung des Kaufobjektes erfolgt? . . 336
— kann die Bestimmung des Kaufpreises von dem Kontrahenten einem Dritten überlassen werden? 344
— tritt mit der Undurchführbarkeit des droit de suite auch der Untergang des dem Verkäufer zustehenden Kaufpreisprivileges — droit de préference — ein? 343
— Kaufpreisprivilegien im Falle der Durchführung der Expropriation? 344
— Verkauf der Früchte auf dem Halme 367
S. „Lospapiere".
Kautionshypothek; kann der Eigentümer eines mit einer Kautions-

hypothek belasteten Grundstückes gegen den eingetragenen Kautionsberechtigten mit der Negatorienklage auf Erteilung der Löschungsbewilligung klagen, wenn die Forderung, für welche die Kautionshypothek haftet, nicht mehr besteht? 265

Kinder; Klage des Vaters auf Auslieferung seiner Kinder . 186
— gegen die Mutter . . 186
— unter welchen Voraussetzungen kann die Mutter dem Vater die Kinder vorenthalten? . . 187
— Vermutung der Ehelichkeit 288
— Anfechtung der Rechtmäßigkeit eines während der Ehe geborenen Kindes; ist die in §. 7 A.L.R. II. 2 bestimmte Frist eine Verjährungs- oder eine Präklusivfrist? 290
— ist zur Wahrung der Frist die Erhebung einer Anfechtungsklage notwendig, oder genügt gerichtliche Protestation? . . 290

Klage; Abtretung der Klage.
S. „Bürgschaft".

Klagenhäufung, eventuelle; hat, wenn im Falle eventueller Häufung zweier selbständigen Klagen von der ersten Instanz die prinzipale Klage für begründet erkannt ist, der Berufungsrichter bei Abweisung der prinzipalen Klage über die eventuelle Klage zu entscheiden? 386

Kognaten; Bedeutung der Berufung derselben zur Succession in ein Familienfideikommiß . . 209
S. „Familienfideikommiß".

Kollision der Gesetze.
S. „Gesetz".

Kommanditgesellschaft.
S. „Handelsgesellschaft".

Kommissionsgeschäft.
S. „Einkaufskommission"; „Handelsbücher".

Kompensation; Geltendmachung von Kompensationsansprüchen gegen den Cessionar, welche der Schuldner nach der Signifikation gegen den Cedenten erworben hat? . 333
— der Ehescheidungsgründe; findet sie statt bei Scheidungsklagen, welche auf einen anderen Scheidungsgrund als Ehebruch gestützt sind? 228
— bei ungleichartigen Pflichtverletzungen? 230
— wird durch die Geltendmachung einer Gegenforderung im Wege der Kompensation Rechtshängigkeit der Gegenforderung begründet? 408
S. „Aktiengesellschaft".

Konkurrenzveranstaltungen, täuschende 99

Konkurs.
S. „Anfechtung"; „Mietvertrag".

Kontokorrentverhältnis; Wesen des Kontokorrentvertrages . . 247
— liegt in der Feststellung bezw. in der Anerkennung des Saldos eine Novation der einzelnen Kontokorrentposten? 248
— geht mit der Übertragung eines anerkannten Saldos auf neue Rechnung bei Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses der frühere Saldo als selbständige Forderung unter? 247

Korrealforderung, passive; Erwerb durch einen der Korrealschuldner 91

Korrealschuldner; Vorbehalt der Abtretung der Klage bei der Zahlung 241

Kosten; bei der Berechnung des Wertes des Streitgegenstandes 373
— Anfechtung der Entscheidung über die Kosten, wenn nach Einlegung

des Rechtsmittels der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist? 419
Kündigung des Mietvertrages. S. „Mietvertrag".

L

Landgericht. S. „Zuständigkeit".
Lebensversicherung; Einwand der Verwirkung des Anspruches durch ausschweifenden Lebenswandel; Replik, der Versicherer habe bei genügender Aufmerksamkeit den Lebenswandel des Versicherten kennen müssen 141
— kann aus dem Lebenswandel des Versicherten ein Einwand erhoben werden, wenn der Versicherer in Kenntnis desselben die Prämien angenommen hat? . . 141
— Auslegung der Versicherungsbedingungen 144
Lithophanie; ist dieselbe eine unerlaubte Nachbildung eines Gemäldes? 102
Löschung einer Hypothek; Klage auf Bewilligung derselben 266
Lospapiere; unter welchen Umständen sind Verträge über den Verkauf von Lospapieren wegen Verstoßes gegen §. 286 St.G.B.'s ungültig? 80
Lotterie; hat derjenige, welcher in Gemeinschaft mit einem Anderen in einer verbotenen Lotterie gespielt hat, eine Klage auf Herausgabe der Hälfte des von jenem erhobenen, auf das Los gefallenen Gewinnes? 243
— wird durch die Empfangnahme des Geldes ein Miteigentum der Spieler an dem Gelde begründet? 244
Lotterievertrag; Begriff desselben 81

M

Mängelanzeige nach Art. 347 H.G.G. 55
Makler; Wirkung der unterlassenen Beeidigung desselben auf die von ihm vermittelten Geschäfte 92
— welchen Anspruch hat ein Makler, welchen ein anderer Makler zur Ausführung des ihm erteilten Auftrages zugezogen hat, gegen diesen? 164
Mandatum qualificatum . 237 S. „Bürgschaft".
Marke; Begriff 85
— deceptive, auf Täuschung des Publikums gerichtete . . 99
Markenschutz; findet das Reichsgesetz über den Markenschutz nur auf Eingriffshandlungen innerhalb des Deutschen Reiches Anwendung oder unterliegen demselben auch von Inländern im Auslande erfolgende, unbefugte Benutzungen der durch das Gesetz geschützten Zeichen? . 29
— ist die Geltendmachung der civilrechtlichen Ansprüche wegen der im Auslande von einem Inländer verübten Verletzung inländischer Markenrechte davon abhängig, daß die Handlung auch nach den Gesetzen des betreffenden Auslandes verboten ist? 36
— wer ist unter „den inländischen Handeltreibenden und Produzenten" im Sinne des §. 13 des Markenschutzgesetzes zu verstehen? 31
— kommt einer Marke oder einem Warenzeichen, welche nicht eingetragen sind, Rechtsschutz gegen Usurpierungen zu? . . . 99
S. „Warenzeichen".

Meierrecht; giebt es ein gemeines, deutsches Meierrecht? . . 193
S. „Anerbrecht"; „Erbfolge".

Mietvertrag; kann der Verwalter im Nachlaßkonkurse das den Erben eines Mieters nach §. 371 A.L.R. I. 21 zustehende Recht auf Kündigung des Mietvertrages ausüben? 269

— hat im Falle der Ausübung dieses Rechtes der Vermieter einen Entschädigungsanspruch gegen die Konkursmasse? 272

— wird das gesetzliche Pfandrecht oder das Retentionsrecht des Vermieters durch das Pfändungverbot des §. 715 Abs. 4 C.P.O. eingeschränkt? 428

Mißheirat; verliert das eine Mißheirat schließende Mitglied einer Familie des hohen Adels seine Successionsrechte? . . . 214

— können dieselben ihm durch hausgesetzliche Bestimmungen entzogen werden? 214

Mitbürge; hat der Mitbürge ein Regreßrecht gegen die anderen Mitbürgen? 236
S. „Bürgschaft".

Miteigentum; entsteht (nach A.L.R.) Miteigentum, wenn ein Gesellschafter durch Verwendung des gemeinschaftlichen Vermögens Sachen für sich und auf seinen Namen erwirbt? 298
S. „Lotterie".

Mühlen; steht den Mühlen als solchen ein Vorrecht in betreff der Benutzung des Wassers eines öffentlichen Flusses zu? . . . 258
S. „Wasserrecht".

Mühlenregal; besteht gemeinrechtlich ein solches? . . . 258

N

Nachbildung; ist die Wiedergabe eines Gemäldes in plastischem, zum Zwecke der Wirkung durchscheinenden Lichtes bearbeitetem Material (Lithophanie) eine unerlaubte Nachbildung? . 103

— ist die mechanische Nachbildung eines plastischen Werkes durch ein Flächenbild freigegeben? 151

— Aufnahme von Nachbildungen einzelner Werke der bildenden Künste in ein Schriftwerk, Voraussetzungen der Zulässigkeit 151

Nachdruck durch Herstellung eines Titelblattes mittels Abdruckes des echten unter Veränderungen 13

Nachverfahren 379
S. „Eid"; „Urkundenprozeß"; „Wechselprozeß".

Namen; Führung des Namens eines bestimmten Geschlechtes.
S. „Negatorienklage".

Nebenintervention; rechtliche Stellung und Befugnis des Nebenintervenienten 417

— steht demselbe zur Einlegung von Rechtsmitteln nur die Frist der Hauptpartei zu Gebote oder hat er eine eigene mit der durch ihn oder an ihn bewirkten Zustellung des Urteiles beginnende Frist? 417

— muß ihm das Urteil zugestellt werden? 417
S. „Beschwerde".

Negatorienklage; im Falle der Verletzung des Rechtes auf Führung eines Namens, eines Wappens, Siegels eines bestimmten Geschlechtes, des Vertriebes eines Schriftwerkes mit Änderungen, Zusätzen, Veränderung des Titelblattes ꝛc ohne Genehmigung des Autors 19

Negatorienklage; im Falle der Verletzung des Rechtes auf Benutzung eines Warenzeichens? . . 37
— auf Bewilligung der Löschung einer durch Fortfall der dadurch gesicherten Verbindlichkeit erledigten Hypothek? 266
— Zulässigkeit, wenn ein im Inlande befindliches Eigentum vom Auslande aus gestört wird 37
— setzt der Anspruch auf Ersatz des Schadens ein Verschulden voraus? 37
Negotiorum gestio.
S. „Geschäftsführung".
Nießbrauch; Verteilung der Früchte des letzten Wirtschaftsjahres 317
Novation; Voraussetzungen der Gültigkeit 337
S. „Kaufvertrag"; „Kontokorrent".

P.

Pachtvertrag; Aufhebung während des Laufes eines Wirtschaftsjahres, Grundsätze über Verteilung der Früchte unter Pächter und Verpächter? . . . 315
Pacta de non licitando; ist §. 270 preuß. St.G.B.'s durch das Reichsstrafgesetzbuch aufgehoben? 219
— erzeugt ein gegen diese Vorschrift verstoßender Vertrag auch für den keine Rechte, welcher sich vom Mitbieten abhalten läßt? 221
— sind sie aus sittlichen Gründen verwerflich und unwirksam? 221
Patent; ist das durch das Patent der Erfindung zuerkannte Ausschließungsrecht auf das Inland beschränkt? 35
Pension; Anwendbarkeit des §. 27 Abs. 2 preuß. Pensionsges. vom 27. März 1872 auf die Richter und Staatsanwälte, welche in Gemäßheit Gesetzes vom 24. April 1878 in den Ruhestand getreten sind? 274
Personenvereine; Rechts- und Erwerbsfähigkeit (Rhein. R.) 349
Pertinenz; hebt die thatsächliche Vereinigung unbeweglicher Pertinenzen mit anderen Grundstücken das Recht des Bucheigentümers der ersteren auf? 278
— inwieweit erstrecken sich die Wirkungen der Zwangsversteigerung des Hauptgutes auf Pertinenzen, welche als selbständige Grundstücke im Grundbuche und in den Steuerbüchern eingetragen sind? 279
Pfändung von Früchten auf dem Halme; inwieweit sind durch §§. 714. 725 C.P.O. die civilrechtlichen Vorschriften über die hängenden Früchte geändert? 367
— was ist Gegenstand der Pfändung? 367
— Widerspruch des Pächters gegen die Pfändung der auf den von ihm gepachteten Grundstücken stehenden Früchte seitens eines Gläubigers des Verpächters 368
— Pfändung gegen den Pächter 368
— darf der Gerichtsvollzieher gepfändete Sachen ohne Anweisung des Gläubigers und ohne Anordnung des Gerichtes als für den Schuldner unentbehrlich freigeben? 390
— erwirbt der Gläubiger durch die Pfändung an Sachen, welche gesetzlich der Pfändung nicht unterworfen sind, ein Pfandrecht? 393
— von zu einer Benefiziarmasse gehörigen Gegenständen . 400
— einer Forderung . . . 399
S. „Zwangsvollstreckung".

Pfandrecht.
S. „Hypothek"; „Mietvertrag"; „Pfändung".
Plastische Kunst; Begriff und Wesen; Unterschied von der graphischen Kunst? 107
Präjudizialklage wegen Feststellung von Familienverhältnissen 185
Primogeniturrecht; folgt aus der Anordnung der Succession nach dem Primogeniturrechte in den Hausgesetzen die Unteilbarkeit und Unveräußerlichkeit der Güter? 206
— findet bei der Succession nach Primogeniturrecht ein Repräsentationsrecht statt? . . . 208
S. „Familienfideikommiß".
Prioritätsstreitigkeiten; Berechnung des Wertes des Beschwerdegegenstandes 372
Privateisenbahn; ist der Bahnkörper als res extra commercium anzusehen (Rhein. R.) . . . 341
— Beschränkung des Eigentums am Bahnkörper mit Rücksicht auf den Zweck der Anlage . 342
— kann von den Verkäufern der dem Bahnkörper einverleibten Grundstücke eine Auflösungsklage mit dem Anspruche der Rückgabe der Grundstücke geltend gemacht werden? . . . 343
Procurator falsus; Klage gegen denselben, Beweislast . . 158
Prorogation.
S. „Arrest".
Prozeßbevollmächtigter; gehört zur Bestellung desselben die Mitteilung an die Gegenpartei? 396
— Bestellung im voraus für die höhere Instanz . . . 395
Prozeßfähigkeit; kann das Gericht das Verfahren aussetzen, wenn es Mangel der Prozeßfähigkeit zur Zeit der Klaganstellung annimmt? 384
Prozeßkosten.
S. „Kosten".

R

Rechnungslegung; wie weit ist der Teilhaber einer formlos geschlossenen Gesellschaft den übrigen Teilhabern zur Rechnungslegung verpflichtet? 280
Recht zur Sache 299
S. „Dingliches Recht"; „Eigentum".
Rechtshängigkeit; wird durch Geltendmachung einer Gegenforderung im Wege der Kompensation Rechtshängigkeit der Gegenforderung begründet? . . . 408
Rechtsirrtum 262
Rechtskraft; setzt die Rechtskraft einer Entscheidung die Rechtshängigkeit des zu entscheidenden Streitpunktes voraus? . 410
Rechtsmittel; Einlegung . 420
— nach welchem Zeitpunkte bestimmt sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels? 419
— Anfechtung der Entscheidung über die Kosten, wenn nach Einlegung des Rechtsmittels der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist? 419
— gehört die Einlegung desselben zum Betriebe der höheren Instanz 406. 407
S. „Berufung"; „Beschwerdegegenstand"; „Nebenintervention"; „Revision".
Rechtsweg; wird die Anwendung der Vorschrift in §§. 1. 6 des preuß. Gesetzes vom 11. Mai 1842 durch §. 11 des Einf.-Ges. zum G.V.G. ausgeschlossen? . 124
Ressortgesetze; fortdauernde Gültig-

keit der in den Einzelstaaten bestehenden 125
Retentionsrecht des Vermieters 428
S. „Mietvertrag".
Revision; welchem Prozeßbevollmächtigten ist die Revisionsschrift zuzustellen, wenn der Gegner im voraus zugleich mit der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für die untere Instanz einen solchen für die höhere Instanz bestellt hat? . . . 395
— unterliegt die auf Grund des §. 260 C.P.O. vorgenommene Feststellung des Schadens der Revision? 339
— im Falle der Ablehnung des Antrages auf Aussetzung der Verhandlung aus einem rechtsirrigen Grunde? . . . 188
S. „Rechtsmittel".
Revisionssumme; Berechnung derselben im allgemeinen . 373
— sind bei einem Streite zwischen Hypothekengläubigern über die Priorität die Zinsen aus den auf den Liegenschaftserlös angewiesenen Hauptsummen hinzuzurechnen? 373
Richter.
S. „Pension".
Rückbürge; Grundsätze über das Verhältnis desselben zum Bürgen 237
S. „Bürgschaft".

S

Schadensersatz; Abschätzung desselben durch den Richter . 339
S. „Bauunternehmer"; „Dienstmietvertrag"; „Negatorienklage".
Schenkung; des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens 180
Schenkung; unter einer Auflage (donatio sub modo) gerichtliche Insinuation 180
— Grundsätze über Ausmittelung des Wertes der Gegenleistungen 180
— Insinuation großer 49. 183. 251
— ist Erklärung der Schenkung zu gerichtlichem Protokolle ein Erfordernis der Gültigkeit großer Schenkungen? . . 183. 251
— ist die persönliche Anwesenheit des Schenkers und des Beschenkten erforderlich oder kann die Überreichung der Schenkungsurkunde und der Antrag bei Gericht durch einen Spezialbevollmächtigten erfolgen? . . 251
— ist mit der Insinuation eine causae cognitio zu verbinden? 252
— unter Ehegatten (s. „Freigebigkeit") 329
— unter welchen Voraussetzungen kann ein gültiges Handgeschenk erfolgen? 353
— kann bei einer Schenkung von Wertpapieren die Besitzübertragung durch Hinterlegung der Papiere bei einer Bank geschehen? 353
— von Todes wegen, Voraussetzungen und Wirkungen (Gem. Recht) 48
— Vorbehalt des freien Widerrufes 42
— findet die Vermutung des Art. 274 H.G.B. Anwendung? . . 49
— eines Geschäftsanteiles . 45
— Form der Schenkung, maßgebendes Gesetz 45
S. „Freigebigkeit".
Schiedsspruch; liegt ein wirksamer Schiedsspruch vor, wenn einer der Schiedsrichter denselben nicht unterschrieben hat? . . . 370
— findet §. 268 C.P.O. auf das schiedsrichterliche Verfahren Anwendung? 370

Schiedsvertrag; tritt derselbe außer Kraft, wenn einer der Schiedsrichter nach der Abstimmung die Unterschrift des Schiedsspruches verweigert? 370

Schuldtitel.
S. „Anfechtung".

Schuldverschreibung.
S. „Stempelsteuer".

Selbsthilfe; sind die Strafbestimmungen des Decretum Divi Marci und der l. 7 Cod. unde vi durch das Reichsstrafgesetz aufgehoben? 218

Selbsthilfeverkauf; wird dessen Wirksamkeit dadurch beeinträchtigt, daß bei der amtlichen Bestellung des Maklers, welcher denselben bewirkt hat, dessen Beeidigung unterlassen ist? 91

Sicherheitsleistung; haftet eine Sicherheit, welche der Schuldner dem Gläubiger für alle Forderungen, die dem Gläubiger gegen ihn zustehen und zustehen werden, bestellt hat, auch für Forderungen, welche dem Gläubiger von Dritten cediert sind? 232

Siegel; Führung eines Siegels eines bestimmten Geschlechtes.
S. „Negatorienklage".

Sozietätsvertrag zum Zwecke des Spielens in einer verbotenen Lotterie 243

Spielvertrag; Nichtigkeit eines gegen ein Strafgesetz verstoßenden 243

Staatsanwalt.
S. „Pension".

Staatsanwaltschaft; Vertretung derselben im Entmündigungsverfahren und im Verfahren auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe . 405

Staatsdienst; sind auf denselben die privatrechtlichen Normen des Dienstmietvertrages anzuwenden? 174

Stammgut des hohen Adels 199

Stempelsteuer; wird durch Nr. III des Tarifes zum Reichsstempelgesetze vom 1. Juli 1881 nur die Emittierung der genannten Wertpapiere besteuert? . . 7

— liegt eine solche Emittierung vor, wenn auf den Inhaber lautende Schuldverschreibungen, welche von dem Aussteller zwecks Herabsetzung des Zinsfußes eingelöst sind, wieder ausgegeben werden? 7

— Begriff der „im Inlande abgeschlossenen Geschäfte" und der „durch briefliche oder telegraphische Korrespondenz zwischen einem Orte des Inlandes und einem Orte des Auslandes zustande gekommenen Geschäfte" im Sinne des Reichsstempelgesetzes vom 3. Juni 1885 26

— Begriff „des Vermittlers eines Geschäftes" im Sinne des §. 6 des Reichsstempelgesetzes . 27

— unterliegt die Übertragung eines Gesellschaftsanteiles an einem Gesellschaftsvermögen, zu welchem Grundstücke gehören, dem preuß. Immobiliarstempel? . . 44

— ist, wenn in Veranlassung der Herabsetzung des Grundkapitales einer Aktiengesellschaft bei Zusammenlegung einer Anzahl Aktien je eine dieser Aktienurkunden auf einen höheren Nominalbetrag als den ursprünglichen abgestempelt wird, die Stempelabgabe nach Tarifsatz I des Gesetzes vom 3. Juni 1885 von diesem ganzen neuen Nominalbetrage zu entrichten? 51

— tritt die Stempelpflicht ein, wenn behufs Herabsetzung des Aktienkapitales jede einzelne Aktie auf

einen geringeren, als den ursprünglichen Nominalbetrag abgestempelt wird? . . . 53
Stempelsteuer; sind die von den Provinzialsteuerdirektoren über Steuervergütungen für ausgeführten Zucker ausgestellten Anerkenntnisse für den Handelsverkehr bestimmte Schuldverschreibungen? 128
Steuervergütungsschein.
S. „Stempelsteuer".
Streitgegenstand; Berechnung des Wertes 373
Subhastation.
S. „Zwangsversteigerung".
Sühnetermin.
S. „Ehescheidung".

T

Taubstumme; unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form können sie testieren? . . 301
— bedürfen taubstumm Geborene oder vor dem 14. Lebensjahre taubstumm Gewordene bei Errichtung eines Testamentes zu gerichtlichem Protokolle eines Beistandes? 307
— Vertragsfähigkeit derselben 303
Testament; Form der Testamentserrichtung nach A.L.R. . 308
— Wirksamkeit der Klausel, daß der Erbe im Falle der Anfechtung des Testamentes auf den Pflichtteil gesetzt sein soll? (Rhein. R.) 330
S. „Blinde"; „Taubstumme".
Testierfähigkeit der Taubstummen 301
Teilurteil.
S. „Zwangsvollstreckung".
Trassant.
S. „Wechsel".
Trennstück.
S. „Zwangsvockstreckung".

U

Überweisung einer Forderung zur Einziehung 399
Umlageverfahren.
S. „Genossenschaft".
Urheberrecht; steht dem Urheber eines Schriftwerkes ein Rechtsschutz dagegen zu, daß Exemplare des Werkes von einem Dritten mit einem veränderten Titelblatte unter dem Anscheine, daß es das echte sei, zum Vertriebe gebracht werden? 17
— an Werken der bildenden Kunst.
S. „Nachbildung".
Urkundenprozeß; Bedeutung des in ihm unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte ergangenen Urteiles 380
— kann in ihm die Verurteilung zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme mit einer besonderen Maßgabe in betreff der Vornahme der Zwangsvollstreckung beantragt werden? . . 414
S. „Eidesleistung".
Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärtes 287
— im Urkundenprozesse . 380
— Anfechtung, soweit eine dadurch erlangte Sicherheit in Frage kommt? 138
— Zustellung an den Nebenintervenienten 417
— Erteilung vollstreckbarer Ausfertigung 424
Urteilshypothek; Anfechtung nach §. 23 Ziff. 2 K.O. . . 134

V

Vaterschaft; ist nach gemeinem Rechte die Klage des Kindes auf Verneinung der Vaterschaft dessen,

welcher nach der gesetzlichen Vermutung als sein ehelicher Vater zu gelten hat, zulässig? . 184
Veräußerungsverbote, testamentarische; fallen sie unter die Vorschrift des §. 11 des Eigentumsgesetzes vom 5. Mai 1872? 300
Verbindlichkeit, verbotene, Bestätigung 329
Vereine, mit wechselnden Mitgliedern, Rechts- und Erwerbsfähigkeit (Rhein. R.) . . . 349
Verfahren; Aussetzung . . 384
Verfügung, freigebige, auf den Todesfall; enthält die Bestimmung eines Ehevertrages, daß der längstlebende Ehegatte zur Übernahme aller Liegenschaften des Verstorbenen für den inventarischen Anschlag befugt sein solle, eine freigebige Verfügung auf den Todesfall? 326
S. „Testament".
Verhandlung; Aussetzung 188. 384
Verkaufsagent; ist er verpflichtet, die Kreditwürdigkeit der von ihm präsentierten Käufer zu prüfen und darüber seinem Auftraggeber zu berichten? 112
Verlagsrecht; steht dem Verleger eines Schriftwerkes ein Rechtsschutz dagegen zu, daß Exemplare eines Werkes von Dritten mit einem veränderten Titelblatt unter dem Anscheine, daß es das echte sei, zum Vertriebe gebracht werden? 17
Vermittler eines Geschäftes im Sinne des Reichsstempelgesetzes 27
Versicherung.
S. „Lebensversicherung".
Versteigerung.
S. „Pacta de non licitando".
Vertrag; Acceptationsfrist bei einem durch Mittelspersonen verhandelten 10
Vertrag; über Nichtbieten bei Versteigerungen 219
— gegen ein Strafgesetz verstoßender . . . 243. 245. 327
S. „Beweislast".
Vertragsvermächtnis . . 324
Verzicht auf das Anerbrecht 195
— was ist unter „der Entscheidung auf Grund eines Verzichtes" im Sinne des Art. 1 des Gesetzes vom 29. Juni 1881 zu verstehen? 404
Vollmacht.
S. „Bevollmächtigter".
Vollstreckungsklausel.
S. „Zwangsvollstreckung".
Vorausklage; Einrede der Vorausklage 238
Vorzugsrecht aus Art. 2103 Code civil.
S. „Kaufvertrag".

W

Wappen; Führung des Wappens eines bestimmten Geschlechtes, Negatorienklage . . . 101
Warenverpackung; Nachahmung fremder 101
Warenzeichen; Begriff . . 85
— kann ein längeres Schriftstück als Warenzeichen angesehen werden? 86
— ist in betreff fremder Waren die Auffassung des fremden Rechtes maßgebend? 87
— Bedeutung des Warenzeichens? 95
— inwiefern kommt der bisherige Besitzstand in Betracht? . 95
— kann die Löschung eines eingetragenen Warenzeichens, welches ein Anderer bereits vor der Eintragung benutzt hat, verlangt werden, wenn die Anmeldung nur zu dem Zwecke geschehen ist, um

diesen Anderen an dem Gebrauche zu hindern? 94
Warenzeichen; unter welchen Voraussetzungen kann Löschung beantragt werden? 96
— Eintragung eines deceptiven 99
S. „Markenschutz".
Wasserrecht; finden die römisch-rechtlichen Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Flüsse auch auf die Benutzung eines öffentlichen Flusses zum Mühlenbetriebe oder für sonstige industrielle Zwecke Anwendung? 259
— steht in betreff der Benutzung des Wassers eines öffentlichen Flusses den Mühlen ein Vorrecht zu? 258
— Kollision zwischen zwei gewerblichen Anlagen, Vorrecht der obrigkeitlich konzessionierten oder seit unvordenklicher Zeit bestehenden Anlage 258
Wechsel; wird der Trassant eines Wechsels an eigene Order dadurch von seiner Regreßpflicht als Aussteller frei, daß er seinem Indossamente den Vermerk „ohne Obligo" hinzufügt? . . 113
— an eigene Order; wird derselbe erst mit dem ersten Indossamente ein fertiger Wechsel . . 113
— kann die Gestattung der Domizilierung eines Wechsels nur durch ausdrückliche Erklärung erteilt werden? 115
Wechselprozeß; Verhältnis der Entscheidung im Wechselprozesse zu dem die vorbehaltene Ausführung des Rechtes betreffenden Nachverfahren? 379
Wertpapier, für den Handelsverkehr bestimmtes . 133. 134
Wettbewerb, unehrlicher . 100
Widerspruch gegen Arrestbefehl.
S. „Arrest".
Widerspruch gegen den Verteilungsplan.
S. „Zwangsvollstreckung".
Wirtschaftsjahr; Bedeutung desselben bei der Landgüterpacht, dem Nießbrauche, Fideikommisse, Lehn 318

3

Zahlung; Bedeutung und Wirkung der für Rechnung eines Dritten geleisteten 310
Zinsen; wann gelten sie als Nebenforderungen 373
Zinspflicht des Geschäftsführers 196
Zuschlagsurteil.
S. „Adjudikation"; „Zwangsversteigerung".
Zuständigkeit; findet die Vorschrift des §. 70 G.V.G.'s Anwendung, wenn der Staat zum Zwecke der Eingehung und Erfüllung privatrechtlicher Verträge sich eines Beamten als seines Vertreters bedient und diesem in Ansehung der Eingehung und Erfüllung von Verträgen ein Verschulden zur Last fällt? 169
— Prüfung seiner Zuständigkeit vonseiten des Revisionsgerichtes 169
S. „Arrest".
Zustellung der Rechtsmittelschrift 395
— an welchen Beamten der Staatsanwaltschaft ist der Schriftsatz, durch welchen der Entmündigte ein Rechtsmittel verfolgen will, zuzustellen? 405
— in dem Verfahren auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe? 407
S. „Urteil"; „Revision".
Zwangsversteigerung; erwirbt der Ersteher eines Grundstückes durch

das Zuschlagsurteil das Eigentum an einem Trennstücke, welches der frühere Eigentümer durch Bebauung eigentümlich erworben und mit demselben als Teil oder Pertinenz verbunden hat, welches aber in dem Steuerbuche demselben noch nicht zugeschrieben war? 275

Zwangsversteigerung; worauf erstreckt sich das Verfahren? 278
— Verteilung der Kaufgelder 297
— können persönliche Gläubiger des Subhastaten im Verteilungsverfahren Ansprüche auf das Kaufgeld erheben? 297
— steht demjenigen, zu dessen Gunsten eine Vormerkung behufs Erhaltung des Rechtes auf Auflassung im Grundbuche eingetragen ist, ein Anspruch auf die Kaufgelder und deshalb das Recht zum Widerspruche gegen den Verteilungsplan zu? 297
S. „Pertinenz".

Zwangsvollstreckung; wird eine gepfändete Forderung dadurch aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden und auf den Gläubiger übertragen, daß sie diesem zur Einziehung überwiesen wird? 399
— ist über den Antrag des Gläubigers, ihn zu ermächtigen, die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen (§. 773 C.P.O.) durch Beschluß oder durch Urteil zu entscheiden? 360. 402

Zwangsvollstreckung; welcher Gerichtsschreiber hat bezüglich eines durch Teilurteil rechtskräftig zugesprochenen Klaganspruches die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, wenn bezüglich eines weiteren Anspruches der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig ist? 424
— ist die Anwendbarkeit des §. 625 Abs. 1 C.P.O. auf Beschlüsse des Vollstreckungsgerichtes dadurch bedingt, daß der Beschluß ohne beiderseitiges Gehör der Parteien ergangen ist? . 432
— Verhältnis der Vorschrift in §. 685 Abs. 1 C.P.O. zu den Bestimmungen, durch welche gewisse Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren dem Prozeßgerichte erster Instanz übertragen werden? . . . 432
— Vollstreckung des Urteiles auf Befreiung von einer Bürgschaft 435

Zurückbehaltungsrecht des Vermieters 428
S. „Mietvertrag".

B. Gesetzesregister.

1. Reichsgesetze.

a. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

Art. 15 . . . 140
Art. 37 . . . 24
Artt. 55. 298 . 158
Art. 66 . . . 92
Art. 85 . . . 140
Art. 91 . . . 43
Art. 98 . . . 43
Art. 106 . . . 43
Art. 111 . . 44. 140
Artt. 119—122 . 43
Artt. 130—131 . 43
Artt. 141—143 . 43

Art. 157 . . . 43
Art. 169 . . . 43
Art. 172 . . . 43
Art. 209a . . 71
Art. 209b 2. 65. 67. 71
Artt. 219—223 . 4
Art. 223 . . . 61
Artt. 225a. 225b 65
Art. 227 . . . 62
Artt. 250 flg. . . 43
Art. 274 . . . 49
Art. 298 . . . 158
Art. 313 . . . 234
Art. 317 . . . 41
Art. 343 . . . 92
Art. 347 . . . 55
Art. 350 . . . 157
Art. 361 . . . 21
Artt. 401. 410. 411. 170

b. Allgemeine Deutsche Wechselordnung.

Art. 4 . . 113. 114
Art. 6 . . . 113
Artt. 7. 8 . 114. 115
Art. 14 . . . 114
Art. 21 . . . 114
Art. 51 . . . 115
Art. 81 . . . 115
Art. 83 . . . 113

c. Deutsche Civilprozeßordnung.

§§. 4 flg. . . . 373
§. 10 . 361. 377. 402
§. 23 . . . 394
§. 24 45
§. 32 394
§. 40 . . 361. 377
§. 54 384
§. 55 385
§. 56 384
§. 63 417
§. 66 417
§. 68 . . . 140. 418
§. 77 434
§. 85 384
§. 94 419
§. 129 . . . 187
§. 130 . . 189. 384
§. 136 . . 409. 411
§. 139 . . . 188
§§. 162. 163 . 434
§. 164 . 395. 406
§. 206 . . . 384
§. 219 . . . 384
§. 223 . . . 384
§. 229 . . 188. 383
§. 230 . . . 408
§. 231 . . 170. 184
§. 235 . . 408. 420
§. 239 . . . 408
§. 247 . . . 385
§§. 253. 254 . 409
§. 259 . . . 163
§. 260 . . . 339
§. 261 . . . 404
§. 265 . . . 264
§. 268 . . . 364
§. 272 . . . 385
§. 273 . . . 425
§. 274 . . 409. 411
§. 277 . . . 404
§. 284 . . . 427
§. 293 . 381. 409. 410
§. 300 . . . 384
§. 302 . . . 384
§. 315 . . . 409
§. 411 . . . 163
§. 428 . . 380. 403
§. 429 . . 381. 403
§. 461 . . . 408
§. 467 . . . 409
§. 471 . . . 408
§. 479 . . . 420
§. 485 . . . 420
§. 491 . . 187. 409
§§. 499. 500 . 387
§. 501 . . . 361
§. 508 . . . 373
§. 509 . . . 168
§. 510 . . . 188
§. 513 . . 326. 384
§. 526 . . . 380
§. 528 . . 194. 232
§. 531 . . . 427
§. 542 . . . 384
§. 549 . . . 384
§§. 570 flg. . . 364
§. 571 . . . 365
§. 575 . . . 189
§. 581 . . . 230
§. 584 . . . 189
§. 586 . . . 407
§§. 605. 607 . 405
§. 633 . . . 408
§§. 644. 648 flg. 287
§. 646 . . . 424
§. 662 . . . 425
§. 684 . . 377. 434
§. 685 . . 392. 433
§. 686 . . 334. 360
§. 690 . 366. 375. 394
§§. 691. 692 . 287. 392
§. 701 . . 360. 433
§. 707 . . 361. 377
§. 709 . . 391. 400
§. 713 . . . 368
§. 714 . . 367. 368
§. 715 . 390. 426. 428
§. 725 . . . 367
§. 735 . . . 434
§§. 736. 737 . 399
§. 754 . . . 434
§. 773 . 339. 359. 360. 402. 432. 433. 434. 435
§. 774 . . . 435
§. 775 . . . 36
§. 776 . 360. 402. 432. 433. 434
§. 778 . . . 436
§. 799 . . . 378
§§. 803. 804. 805. 286. 377
§. 804 . . 361. 375

§. 805 . . . 361
§. 808 . . 286. 377
§§. 809. 815 . 432
§§. 857. 859 . 370
§§. 865. 866 . 370

d. Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung.
§. 15 400

e. Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz.
§. 13 124
§. 70 168
§. 143 . . . 405

f. Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze.
§. 11 124

g. Deutsche Konkursordnung.
§. 17 . . . 271. 319
§. 22 139
§. 23 Ziff. 2 . . 135
§. 24 Ziff. 2 . . 123
§. 28 . . . 136. 138
§. 41 271
§. 202 . . . 272
§. 207 . . . 148

h. Deutsches Strafgesetzbuch.
§. 4 34
§. 286 . . . 80

i. Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuche.
§. 2 218

k. Einzelne Reichsgesetze.

1869. 26. Juni. Gesetz betr. die Besteuerung des Zuckers (B.G.Bl. S. 282) 131

1870. 11. Juni. Gesetz betr. das Urheberrecht an Schriftwerken ꝛc (B.G.Bl. S. 339).
— — §. 7 14
— — §. 18 151
— — §. 21 16
— — §. 22 35
— — §. 44 152

1874. 30. November. Gesetz über den Markenschutz ꝛc (R.G.Bl. S. 143).
— — §. 1 86
— — §§. 1. 2. 3. 8. 9 . . 95
— — §. 3 85
— — §§. 3. 9 37
— — §. 8 96
— — §. 9 100
— — §§. 9. 10. 14 . . 85
— — §§. 10. 11. 12 . . 96
— — §. 11 36
— — §. 13 . . . . 31. 36
— — §. 14 37
— — §. 20 . . . . 32. 87

1875. 6. Februar. Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung (B.G.Bl. S. 23).
— — §. 77 228

1876. 9. Januar. Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste (R.G.Bl. S. 4).
— — §§. 5. 6 . . 103. 150
— — §. 16 151

1877. 25. Mai. Patentgesetz (R.G.Bl. S. 501).
— — §. 4. 5 35

1879. 21. Juli. Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses (R.G.Bl. S. 277).
— — §. 2 146
— — §. 7 149

1881. 29. Juni. Gesetz betr. die Abänderungen der Bestimmungen des Gerichtskostengesetzes (R.G.Bl. S. 178).
— Art. 1 403

1881. 1. Juli. Gesetz betr. die Erhebung der Reichsstempelabgaben (R.G.Bl. S. 185).
— Tarif III 7

1884. 18. Juli. Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften (R.G.Bl. S. 123).

— Artt. 184e. 219 . . . 6
— Artt. 209g. 209h . . 68
— Art. 210 . . . . 68. 73
— Art. 213a 68. 73
— Art. 223 61
1885. 29. Mai. Gesetz betr. Abänderung des Gesetzes wegen Erhebung von Reichsstempelabgaben vom 1. Juli 1881 (R.G.Bl. S. 171).
— — §. 4 52
— — §. 6 26
— — §§. 8—11 . . . 27
— — §. 30 52
— — §. 32 128
— Tarif Pos. I[1] . . . 51
— Tarif Pos. 4[2] . . . 129
1886. 1. Juni. Gesetz betr. die Besteuerung des Zuckers (R.G.Bl. S. 181) 131

2. Gemeines Recht.

a. Institutionen.

L. 9 Tit. 20 de fidej. §. 4 257

b. Pandekten.

L. 2 Tit. 14 de pactis ll. 21. 22. 32 . . . 238
„ 3 „ 5 de negot. gest. l. 19 §. 4. l. 37 §. 1 197
„ 4 „ 3 de dolo malo l. 1 §. 2 . . . 71
„ 4 „ 3 de dolo malo l. 7 §. 6 . . . 71
„ 4 „ 3 de dolo malo l. 20 71. 119
„ 4 „ 3 de dolo malo l. 31. 71
„ 16 „ 2 de compens. l. 8. 412
„ 17 „ 1 mandati l. 6 §. 3. 244
„ 17 „ 1 mandati l. 27 §. 5. l. 28 . . . 237
„ 17 „ 2 pro socio l. 57. 251
„ 21 „ 2 de evict. l. 65. 238
„ 22 „ 1 de usur. l. 13 §. 1. 197
„ 22 „ 3 de probat. l. 8. 185
„ 24 „ 1 de donat. inter vir. et uxor l. 32 §§. 7. 8. 49
„ 24 „ 2 de divort. l. 9. 187
„ 25 „ 3 de agnosc. et alend. lib. l. 1 §. 16. l. 2. 185
„ 26 „ 7 de admin. et peric. l. 25 . . . 238
L. 27 Tit. 3 de tut. et ration. distr. l. 1 §. 1 . . 49
„ 35 „ 2 ad leg. Falcid. l. 66 §. 1 . . . 49
„ 35 „ 2 ad leg. Falcid l. 68 182
„ 37 „ 4 de bon. poss. l. 18 §. 1 . . . 49
„ 37 „ 5 de leg. praest. l. 3 pr. l. 5 §. 7. l. 20 pr. 49
„ 38 „ 5 si quid infraud. l. 1 §. 1 49
„ 38 „ 1 unde vir et uxor l. un. §. 1 . . 187
„ 39 „ 6 de mort. caus. don. l. 13 §. 1. l. 27. l. 35 §. 4 . 48
„ 39 „ 6 de mort. caus. don. l. 17 . . . 49
„ 39 „ 6 de mort. caus. don. l. 35 §. 2 . 48
„ 39 „ 6 de mort. caus. don. ll. 7. 15. 9. 35 pr. 37 49
„ 43 „ 8 ne quid in loco publ. l. 2 §. 2. ll. 10. 15. 16 259
„ 43 „ 20 de aqua quotid. l. 3 §. 4 . . . 259
„ 43 „ 30 de lib. exhib. l. 1 §. 4 . . . 185

L. 43 Tit. 30 de lib. exhib. l. 1 §. 3. l. 3 §. 5 187. 189
„ 46 „ 1 de fidej. l. 15 §. 1 238
„ 46 „ 1 de fidej. ll. 17. 36. 39 . . 237. 240
„ 46 „ 1 de fidej. ll. 41. 62 238
„ 46 „ 3 de solut. l. 95 §. 11 238
„ 46 „ 3 de solut. l. 76 240

c. Codex.

L. 1 Tit. 14 de legib. l. 5 pr. 243
„ 2 „ 3 de pactis l. 6 . 243. 245
„ 3 „ 34 de servit. et aqua l. 7 . . . 259
„ 4 „ 9 de cond. ex lege l. 2 379
„ 5 „ 24 divort. fact. l. unic. 187. 189
„ 5 „ 25 de al. lib. l. 3 . 187
„ 6 „ 50 ad leg. Falc. l. 5 49
L. 6 Tit. 51 de cad. toll. l. un. §. 14 . . . 49
„ 8 „ 4 unde vi l. 7 . 218
„ 8 „ 27 etiam ob chirog. l. un. . . . 293
„ 8 „ 41 de fidej. l. 11 237
„ 8 „ 54 de donat. l. 34 §. 2 50
„ 8 „ 57 de mort. caus don. ll. 1. 2 . . 49
„ 11 „ 43 de aquaeductu l. 4 259

d. Novellen.

Nov. 4 c. 1 238
„ 87 c. 1 48
„ 117 c. 7 . . . 187. 189

Kanonisches Recht.

L. 4 Tit. 19 X. de divortiis c. 4 227
„ 5 „ 16 X. de adult. c. 6. 7 228

3. Landesrecht.

Preußen.

A. Altländisches Recht.

a. Allgemeines Landrecht.

Einleitung §§. 3. 4. 10. . 263
§. 12 262
Teil I Titel 3 §. 19 . . 287
„ „ 3 §. 23 . 287. 392
„ „ 5 §. 24 . . 303
„ „ 5 §. 112 . . 47
„ „ 5 §. 115 . . 45
„ „ 5 §. 171 . . 303
„ „ 5 §§. 443 flg. 90
„ „ 6 §§. 46. 48 . 264
„ „ 7 §§. 12. 14 . 264
„ „ 7 §§. 197—201. 317
„ „ 9 §. 332 . . 279
„ „ 11 §§. 3—5. 8. 10 346
Teil I Titel 11 §§. 1135. 1136. 42
„ „ 12 §§. 26. 123. 302. 304
„ „ 12 §. 139 . . 306
„ „ 13 §. 11 . . 283
„ „ 13 §. 61 . . 282
„ „ 13 §. 256 . . 282
„ „ 14 §§. 466. 467 . 291
„ „ 16 §§. 172. 176 . 264
„ „ 16 §§. 200. 201 . 312
„ „ 16 §§. 493. 494 . 91
„ „ 17 §. 4 . . . 281
„ „ 17 §. 41 . . 283
„ „ 17 §. 53 . . 281
„ „ 17 §§. 55. 56 . 299
„ „ 17 §. 171 . . 281
„ „ 17 §§. 207. 210. 219. 227 . . . 281
„ „ 17 §. 200 . . 299
„ „ 18 §. 510 . . 317

Teil I Tit. 21 §§. 8—10 . 320
" " 21 §§. 143. 150—156. 160 . . . 317
" " 21 §. 298 . . 319
" " 21 §. 328. 329. 330 318
" " 21 §. 342 . . 319
" " 21 §. 343 . . 318
" " 21 §§. 355. 362. 364. 385 . . . 273
" " 21 §§. 360—370. 319
" " 21 §§. 366 flg. . 273
" " 21 §. 368 . . 318
" " 21 §. 371 . . 271
" " 21 §. 388 . . 318
" " 21 §. 393 . . 319
" " 21 §. 485 . . 318
" " 21 §§. 557. 558. 319
" " 21 §§. 598. 599. 319
Teil II Titel 1 §. 360. 378 . 264
" " 2 §. 1 . . 288
" " 2 §. 7 . 290. 293
" " 2 §§. 8. 9 . 290
" " 2 §. 14 . . 290
" " 2 §§. 50. 57 . 289
" " 4 §. 212 . . 317
" " 10 §§. 68 flg. . 175
" " 10 §§. 88 flg. 391. 392
" " 18 §§. 15. 16 . 303
" " 18 §§. 17. 18 . 307
" " 18 §§. 51. 52 . 308

b. Allgemeine Gerichtsordnung.

Teil I Tit. 44 §. 60 . . 429
" " 50 §. 62 . . 319
Teil II Tit. 4 §. 1 . . 308

B. Rheinisches Recht.

Code civil Art. 184 . . 4
— Art. 537 343
— Art. 538 342
— Art. 587 323
— Art. 632 323
— Art. 808 400
— Art. 843 323
— Art. 894 355
— Art. 918 322
— Art. 931 354
— Art. 1016. 353
— Art. 1141. 353
— Art. 1142. 338
— Artt. 1146. 1149 . 339. 357
— Art. 1166. 375
— Art. 1184. 354
— Art. 1295. 334
— Art. 1372. 358
— Art. 1376. 334
— Artt. 1382. 1383 . . 362
— Art. 1582. 334
— Art. 1603. 333
— Artt. 1626 flg. . . . 333
— Art. 1627. 335
— Artt. 1629. 1630 . . 346
— Artt. 1631. 1636. 1637 . 336
— Art. 1649. 346
— Art. 1690. . . 333. 376
— Art. 1937. 354
— Art. 2103. 341
— Art. 2001. 360
— Art. 2117. 136
— Art. 2123. 136
— Art. 2134. 136
— Art. 2146. . . . 139. 401
— Art. 2148. 350
— Art. 2198. 343
Code de procédure civile.
— Artt. 557. 567 . . . 362
— Art. 990 400

C. Einzelne Gesetze und Verordnungen.

1797. 14. Juli. Verordnung (Ed. Samml. X. 1313) . . 222
1805. 23. Februar. Kabinetsorder (Rabe Samml. Bd. 8. S. 254) . . . 304. 307.
1810. 8. März. Expropriationsgesetz.
— — Artt. 5. 8. 11. 12 344

1837. 11. Juni. Gesetz zum Schutze des Eigentumes an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck ꝛc (G.S. S. 165).
— — §. 24 104
1838. 3. November. Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen (G S. S. 505).
— — §. 47 . . . 341. 342.
1842. 11. Mai. Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen (G.S. S. 192).
— — §§. 1. 6 124
1851. 14. April. Strafgesetzbuch (G.S. S. 101).
— — §. 268 243
— — §. 270 220
1854. 13. Februar. Gesetz betr. die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen von Amts- und Diensthandlungen (G.S. S. 86) 126
1855. 8. Mai. Konkursordnung (G.S. S. 321).
— — §. 18 319
1861. 24. Juni. Einführungsgesetz zum Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuche (G.S. S. 449).
— — Art. 9 §. 1 . . . 92
1861. 2. Juli. Verordnung wegen Vergütung der Steuer für ausgeführten Rübenzucker (G.S. S. 417).
— — §. 5 131
1867. 25. Juni. Verordnung betr. das Strafrecht und das Strafverfahren in den neu erworbenen Landesteilen (G.S. S. 921).
— — Art. 4 243
1867. 23. September. Verordnung betr. die allgemeine Regelung der Staatsdienerverhältnisse in den neu erworbenen Landesteilen (G.S. S. 1619).
— — §. 1 175
1872. 27. März. Gesetz betr. die Pensionierung der unmittelbaren Staatsbeamten (G.S. S. 268).
— — §. 27 274
1872. 5. Mai. Gesetz über den Eigentumserwerb (G.S. S. 433).
— — §. 1 . . . . . 44. 279
— §. 4 300
— — §. 5 279
— — §. 7 279
— — §. 8 297
— — §. 9 264
— — §. 11 299
— — §. 15 300
— — §. 19 279
— — §. 64 267
— — §. 67 266
1872. 5. Mai. Grundbuchordnung (G.S. S. 446).
— — §. 73 300
1875. 5. Juli. Vormundschaftsordnung (G.S. S. 431).
— — 81 304
— — 102 . . . 304. 307
1878. 24. April. Ausführungsgesetz zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetze (G.S. S. 230).
— — §. 39 169
— — §§. 101. 102 . . 274
1879. 14. März. Hinterlegungsordnung (G.S. S. 249).
— — §§. 7. 8 285
— — §§. 22—24. 28. 29. 32 286
— — §§. 22. 23 . . . 285
— — §. 24 287
— — §§. 30. 31 . . . 285
1883. 13. Juli. Gesetz betr. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (G.S. S. 131).
— — §§. 13. 14. 16. 40 277
— — §. 21 . . . 278. 297
— — §. 22 297
— — §. 40 297
— — §. 83 278
— — §. 97 278

— — §§. 101 flg. . . . 278
— — §. 106 297
— — §. 124 297

Baden.

Landrechtssatz 6a 349
— 738a 330
— 745 329
— 896 326
— 900 330
— 913 330
— 1081 326
— 1082 327
— 1093. 1094 326
— 1098 329
— 1105 . . 326. 329. 330
— 1130. 1131 . . 326. 329
— 1183 327
— 1184 352
— 1188 351
— 1304 329
— 1338 329
— 1496 330
— 1497 326
— 1519a 330
— 1522 329
— 1527 . . . . 326. 329
— 1535a 330
— 2116. 2117 330
— 2131 352
— 2148 350
— 2157 350
— 2183 flg. 351

1807. 14. Juli. Zweites Konstitutionsedikt 349

1809. 3. Februar. Erstes Einführungsedikt zum badischen Landrechte.

— — XVII 349

1809. 22. Dezember. Zweites Einführungsedikt zum badischen Landrechte.

— — §. 3 349

Bremen.

1843. 5. Juni. Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen 233

Elsaß-Lothringen.

1790. 16.—24. August. Gesetz.
— — Art. 13. Titel II . 124

Dekret 16 Fructidor des Jahres III 124

Hamburg.

1603 (1605). Hamburger Statuten.
— — Teil II Tit. 8 Art. 17 155

1865. 22. Dezember. Einführungsgesetz zum Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuche.
— — §. 43 155

Mecklenburg-Strelitz.

1570. 31. Januar. Kirchengerichts- und Konsistorialordnung (Raabe, Samml. Bd. 2 S. 299).
— — Tit. 8 Abschn. 6 Ziff. 4 226

Sachsen (Königreich).

1863. 2. Januar. Bürgerliches Gesetzbuch.
— — §§. 1722. 1730 . 230

Waldeck.

1830. 11. Dezember. Verordnung über die Erbfolge in ein Bauerngut (Reg.-Bl. S. 111).
— — §. 10 . . . 192. 194

1851. 24. September. Gesetz betr. die Aufhebung der Geschlossenheit der Bauerngüter und die Regulierung sonstiger gutsherrlicher Verhältnisse (Reg.-Bl. S. 169).
— — §§. 7. 12 . . . 194

4. Ausländisches Recht.

Frankreich.

1845. 15. Juli. Loi sur la police des chemins de fer. | — — Art. 1 342

C. Chronologische Zusammenstellung der Entscheidungen.

Seite

1886. Urt. v. 24. März i. S. L. (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. I. 29/86. Nr. 32 157
„ Urt. v. 7. April i. S. W. (Kl.) w. Bremer Vereinsbank (Bekl.). Rep. I. 54/86. Nr. 47 232
„ Urt. v. 5. Mai i. S. Genossenschaftliche Kreditbank für die Provinz Preußen (Kl.) w. K. u. W. (Bekl.) Rep. I. 76/86. Nr. 66 309
„ Urt. v. 29. Mai i. S. A. (Bekl.) w. Konkursmasse der Aktiengesellschaft Fürstenwalder Stärke ꝛc Fabrik (Kl.). Rep. I. 129/86. Nr. 1 1
„ Urt. v. 19. Juni i. S. L. Konkursmasse (Bekl.) w. L. u. A. (Kl.) Rep. I. 163/86. Nr. 33 161
„ Urt. v. 22. Juni i. S. der Stadt D. (Kl.) w. den preuß. Steuerfiskus (Bekl.). Rep. II. 568/85. Nr. 2 . . . 6
„ Urt. v. 30. Juni i. S. S. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 187/86. Nr. 3 10
„ Urt. v. 10. Juli i. S. Züricher Liederbuchanstalt (Kl.) w. W. (Bekl.) Rep. I. 202/86. Nr. 4 10
„ Urt. v. 18. September i. S. D. u. J. (Bekl.) w. Ch. (Kl.) Rep. I. 206/86. Nr. 5 20
„ Urt. v. 30. September i. S. T. (Kl.) w. Hamburger Deputation für indirekte Steuern (Bekl.). Rep. IIIa. 250/86. Nr. 6 25
„ Urt. v. 2. Oktober i. S. J. H. (Kl.) w. L. H. (Bekl.) Rep. I. 237/86. Nr. 7 28
„ Urt. v. 6. Oktober i. S. B. (Bekl.) w. Witwe B. (Kl.) Rep. I. 239/86. Nr. 8 39
„ Urt. v. 11. Oktober i. S. der Aktiengesellschaft D. K. (Kl.) w. den Königl. sächs. Stabtsfiskus (Bekl.). Rep. IIIa. 68/86. Nr. 9 51
„ Urt. v. 14. Oktober i. S. K. u. W. L. (Bekl.) w. M. Söhne (Kl.). Rep. IIIa. 96/86. Nr. 10 55
„ Urt. v. 16. Oktober i. S. B. u. Gen. (Bekl.) w. Mälzereiaktiengesellschaft zu Hamburg (Kl.). Rep. I. 264/86. Nr. 11 56
„ Urt. v. 30. Oktober i. S. v. G. (Kl.) w. A. (Bekl.) Rep. I. 325/86. Nr. 12 79

		Seite
1886.	Urt. v. 3. November i. S. F. H. & Co., bezw. J. G. B. S. u. H. (Kl.) w. J. L. B. M. (Bekl.) Rep. I. 293/86. Nr. 13	85
„	Ur. v. 3. November i. S. Sch. (Kl.) w. Janus (Bekl.). Rep. I. 290/86. Nr. 27	141
„	Urt. v. 4. November i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. U. (Kl.) Rep. IIIa. 193/86. Nr. 36. 54	173. 261
„	Urt. v. 6. November i. S. Th. (Kl.) w. B. u. Gen. (Bekl.) Rep. I. 295/86. Nr. 14	88
„	Urt. v. 9. November i. S. H. (Kl.) w. J. (Bekl.) Rep. III. 121/86. Nr. 48	235
„	Urt. v. 10. November i. S. M. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 294/86. Nr. 15	91
„	Urt. v. 13. November i. S. L. (Bekl.) w. C. J. v. H. u. Zoon (Kl.). Rep. I. 313/86. Nr. 16	93
„	Urt. v. 24. November i. S. S. u. Sohn (Bekl.) w. B. B. & Comp. (Kl.) Rep. I. 322/86. Nr. 17	102
„	Urt. v. 24. November i. S. G. u. H. (Bekl.) w. C. W. u. H. (Kl.) Rep. I. 323/86. Nr. 18	112
„	Urt. v. 4. Dezember i. S. B. (Bekl.) w. A. (Kl.) Rep. I. 346/86. Nr. 19	112
„	Urt. v. 7. Dezember i. S. G. (Kl.) w. N. (Bekl.) Rep. III. 128/86. Nr. 49	242
„	Urt. v. 9. Dezember i. S. D. (Bekl.) w. D. (Kl.) Rep. IIIa. 254/86. Nr. 82	378
1887.	Urt. v. 4. Januar i. S. J. W. (Kl.) w. J. H. Kinder (Bekl.). Rep. III. 213/86. Nr. 37	176
„	Urt. v. 22. Januar i. S. B. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 390/86. Nr. 20	115
„	Urt. v. 31. Januar i. S. H. Abwesenheitskurator (Bekl.) w. H. Vormünder (Kl.). Rep. IIIa. 331/86. Nr. 38	184
„	Urt. v. 1. Februar i. S. Koburg-goth. Kreditgesellschaft (Kl.) w. Pf. (Bekl.) Rep. II. 218/86. Nr. 50	246
„	Urt. v. 7. März i. S. Sch. Ehefrau (Bekl.) w. ihren Ehemann (Kl.). Rep. IIIa. 386/86. Nr. 39. 83	186. 382
„	Urt. v. 9. März i. S. W. (Bekl.) w. G.'sche Konkursmasse (Kl.). Rep. V. 356/86. Nr. 55	261
„	Urt. v. 12. März i. S. D. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. III. 306/86. Nr. 40	190
„	Urt. v. 15. März i. S. R. (Kl.) w. R. (Bekl.) Rep. III. 296/86. Nr. 77	363
„	Urt. v. 16. März i. S. Baseler Handelsbank (Kl.) w. Bremer Vereinsbank (Bekl.). Rep. I. 38/87. Nr. 21	116
„	Urt. v. 18. März i. S. Witwe B. u. Gen. (Kl.) w. E. F. (Bekl.) Rep. II. 360/86. Nr. 68	322

Seite

1887. Urt. v. 18. März i. S. P. (Kl.) w. Spar- u. Vorschußkasse zu H. (Bekl.) Rep. III. 35/87. Nr. 78 365
„ Urt. v. 18. März i. S. K. (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. III. 315/86. Nr. 41 196
„ Urt. v. 25. März i. S. M. R. u. Gen. (Bekl.) w. D. u. G. (Kl.) Rep. II. 364/86. Nr. 80 372
„ Urt. v. 1. April i. S. v. W. (Kl.) w. S. (Bekl.) Rep. II. 373/86. Nr. 69 324
„ Urt. v. 5. April i. S. W. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. II. 421/86. Nr. 81 374
„ Urt. v. 5. April i. S. Schl. (Kl.) w. Verwalter im C. Konkurse (Bekl.). Rep. III. 14/87. Nr. 22 122
„ Urt. v. 13. April i. S. S. (Kl) w. B. (Bekl.) Rep. V. 27/87. Nr. 56 265
„ Urt. v. 13. April i. S. G. H. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. V. 28/27. Nr. 57 269
„ Urt. v. 13. April i. S. Feuerversicherungsgesellschaft Rh. u. M. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. II. 413/86. Nr. 79 . 369
„ Urt. v. 19. April i. S. Sr. Hoheit des Herzogs Georg Ludwig von Oldenburg (Bekl.) w. Se. Durchlaucht den Fürsten von Waldeck und Pyrmont (Kl.). Rep. III. 80/85. Nr. 42 198
„ Urt. v. 22. April i. S. A. M. (Bekl.) w. Fr. E. u. Frau (Kl.). Rep. III. 350/86. Nr. 43 218
„ Urt. v. 22. April i. S. K. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. II. 423/86. Nr. 70 331
„ Urt. v. 22. April i. S. Fiskus (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. III. 357/86. Nr. 58 273
„ Urt. v. 23. April i. S. L. u. Gen. (Bekl.) w. N. u. Gen. (Kl.) Rep. V. 363/86. Nr. 59 275
„ Beschl. v. 25. April i. S. M. jetzt verehel. F. (Bekl.) w. K. (Kl.) Beschw.-Rep. VI. 57/87. Nr. 84 383
„ Urt. v. 26. April i. S. M. H. (Kl.) w. Stadt D. u. Gen. (Bekl.) Rep. II. 452/86. Nr. 23 123
„ Urt. v. 28. April i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. die offene Handelsgesellschaft F. A U. (Kl.) Rep. IV. 395/86. Nr. 24 127
„ Urt. v. 28. April i. S. H. (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. IV. 6/87. Nr. 60 280
„ Urt. v. 29. April i. S. der Konkursmasse B. (Kl.) w. P. u. T. (Bekl.) Rep. II. 432/86. Nr. 25 u. 71 . 134. 337
„ Urt. v. 29. April i. S. B. (Kl.) w. B. (Bekl.). Rep. II. 1/87. Nr. 72 338
„ Urt. v. 29. April i. S. W. (Kl.) w. W. (Bekl.) Rep. III. 305/86. Nr. 85 385

		Seite
1887.	Urt. v. 2. Mai i. S. A. O. (Kl.) w. den preuß. Fiskus u. W. A. (Bekl.) Rep. VI. 50/87. Nr. 61 . . .	284
„	Urt. v. 3. Mai i. S. Ch. u. S. (Kl.) w. Fr. (Bekl.) u. Tr. (Nebeninterv.) Rep. II. 436/86. Nr. 26 u. 86 .	139. 389
„	Urt. v. 4. Mai i. S. Deutsche Lebensversicherungsbank zu L. (Bekl.) w. M. R. (Kl.) Rep. I. 87/87. Nr. 28 .	143
„	Urt. v. 9. Mai i. S. F. (Kl.) w. L. (Bekl.) Rep. IV. 409/86. Nr. 87	389
„	Urt. v. 9. Mai i. S. R. (Bekl.) w. K.'sche Konkursmasse (Kl.) Rep. VI. 59/87. Nr. 88	394
„	Urt. v. 12. Mai i. S. S. W. (Kl.) w. P. (Bekl.) Rep. VI. 58/87. Nr. 29	145
„	Urt. v. 12. Mai i. S. C. H. (Kl.) w. G. H. (Bekl.) Rep. IV. 414/86. Nr. 62	288
„	Urt. v. 12. Mai i. S. B. (Bekl.) w. seine Ehefrau (Kl.). Rep. VI. 70/87. Nr. 89	395
„	Urt. v. 16. Mai i. S. R. (Kl.) w. Staatsanwaltschaft (Bekl.). Rep. IV. 10/87. Nr. 94	405
„	Urt. v. 17. Mai i. S. S. (Kl.) w. R. (Bekl.) Rep. III. 28/87. Nr. 44	219
„	Urt. v. 20. Mai i. S. B. Syndik des Fallimentes der Aktiengesellschaft Krefeld-Kreis-Kempener Industriebahn (Kl.). w. Sch. u. Gen. (Bekl.) Rep. II. 30/87. Nr. 63 u. 73	293. 341
„	Urt. v. 20. Mai i. S. K. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. III. 84/87. Nr. 95	408
„	Urt. v. 23. Mai i. S. H. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 112/87. Nr. 30	150
„	Beschl. v. 25. Mai i. S. G. S. u. Gen. (Bekl.) w. D. Konkurs (Kl.). Beschw.-Rep. IV. 228/86. Verein. Civilsen. Nr. 67.	314
„	Urt. v. 27. Mai i. S. H. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. III. 59/87. Nr. 45	223
„	Urt. v. 3. Juni i. S. W. (Kl.) w. E. (Bekl.) Rep. II. 16/87. Nr. 72	346
„	Urt. v. 4. Juni i. S. C. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. I. 121/87. Nr. 31	155
„	Urt. v. 4. Juni i. S. F. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. I. 85/87. Nr. 46	225
„	Urt. v. 4. Juni i. S. G. (Kl.) w. Sch. (Bekl.) Rep. V. 80/87. Nr. 64	294
„	Urt. v. 9. Juni i. S. Sch. (Bekl.) w. N. (Kl.) Rep. IV. 113/87. Nr. 65	301
„	Urt. v. 10. Juni i. S. G. (Kl.) w. M. u. Gen. (Bekl.) Rep. II. 29/87. Nr. 90	398

		Seite
1187.	Urt. v. 14. Juni i. S. J. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. II. 37/87. Nr. 75	353
„	Urt. v. 14. Juni i. S. Sch. (Bekl.) w. Gemeinde N. (Kl.) Rep. II. 19/87. Nr. 76 u. 91	356. 402
„	Urt. v. 15. Juni i. S. F. (Bekl.) w. N. (Kl.) Rep. I. 133/87. Nr. 96	413
„	Urt. v. 19. Juni i. S. L. Konkursmasse (Bekl.) w. L. u. A. (Kl.) Rep. I. 163/86. Nr. 33 u. 93	161. 404
„	Urt. v. 21. Juni i. S. L. (Bekl.) w. St. (Kl.) Rep. III. 69/87. Nr. 51	251
„	Urt. v. 24. Juni i. S. Sch. (Kl.) w. v. M. (Bekl.) Rep. III. 63/87. Nr. 52	252
„	Urt. v. 25. Juni i. S. Cl. (Kl.) w. J. (Bekl.) Rep. I. 169/87. Nr. 34	163
„	Urt. v. 2. Juli i. S. K. (Kl.) w. Eisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. I. 156/87. Nr. 35	166
„	Beschl. v. 7. Juli i. S. St. (Kl.) w. F. (Bekl.) Beschw.-Rep. VI. 100/87. Nr. 92	403
„	Urt. v. 8. Juli i. S. D. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. III. 81/87. Nr. 53	256
„	Urt. v. 8. Juli i. S. E. u. R. (Nebenkl.) w. G. (Kl.) u. R. (Bekl.) Rep. III. 88/87. Nr. 97	416
„	Urt. v. 13. Juli i. S. R. (Kl.) w. S. (Bekl.) Rep. V. 123/87. Nr. 98	418
„	Beschl. v. 9. August i. S. W. B. (Kl.) w. M. Sch. (Bekl.) Beschw.-Rep. V. 83/87. (Ferienssen.) Nr. 99	424
„	Beschl. v. 20. August i. S. S. D. (Kl.) w. A. (Bekl.) Beschw.-Rep. IV. 119/87. (Ferienssen.) Nr. 100	425
„	Beschl. v. 14. September i. S. v. P. (Kl.) w. P. (Bekl.) Beschw.-Rep. V. 92/87. (Ferienssen.) Nr. 101	431
„	Beschl. v. 14. September i. S. A. (Bekl.) w. B. (Kl.) Beschw.-Rep. VI. 127/87. (Ferienssen.) Nr. 102	435

Zusammenstellung
der
im achtzehnten Band
mitgeteilten Entscheidungen
nach
Oberlandesgerichtsbezirken.[1]

Berlin . . . . . 1. 3. 15. 16. 19. 20. 34. 67. 87. 93. 94. 96.
Braunschweig . 77.
Breslau . . . . . 12. 35. 57. 60. 61. 64. 65. 88. 99.
Celle . . . . . 41. 43. 45. 49. 53. 78. 95. 97.
Darmstadt . . . 37.
Dresden . . . . . 4. 9. 84. 92.
Frankfurt a. M. 36. 42. 54. 102.
Hamburg . . . . 5. 6. 7. 11. 13. 21. 28. 31. 32. 38. 39. 47. 82. 83.
Hamm . . . . . 8. 14. 62. 101.
Jena . . . . . 22. 50.
Karlsruhe . . . 69. 74.
Kassel . . . . . 40. 44. 51. 58.
Kiel . . . . . 48.
Kolmar . . . . . 75. 76. 79. 80. 90. 91.
Köln . . . . . 2. 23. 25. 26. 63. 68. 70. 71. 72. 73. 81. 86.
Königsberg . . 27. 66.
Marienwerder 56. 98.
München . . . . 30.
Naumburg . . . 17. 24. 29. 100.
Oldenburg . . . 52. 85.
Rostock . . . . . 46.
Stettin . . . . . 18. 33. 55. 59.
Stuttgart . . . 10. 89.

Berichtigungen.

Generalregister zum ersten bis zehnten Bande.

S. 366 Z. 10 v. u. lies „§. 202" statt „§. 302".
„ 444 „ 4 v. u. „ „abstrakten" statt „abgestrakten".

Sechzehnter Band.

S. 28 Z. 15 v. u. lies „II" statt „I".
„ 61 „ 19 v. u. „ „1883" statt „1886".
„ 72 „ 14 v. o. „ „254" statt „274".
„ 135 „ 12 v. o. „ „Beklagten" statt „Klägers".
„ 231 „ 3 v. o. „ „Bd. 4" statt „Bd. 6".
„ 346 „ 2 v. o. „ „529" statt „528".
„ 385 „ 8 v. u. „ „170" „ „190".
„ 432 „ 4 v. o. „ „387" „ „487".

Siebzehnter Band.

S. 17 Z. 19 v. o. lies „Rübenlieferungspflicht" statt „Rübenlieferungsfrist".
„ 98 „ 10 v. o. „ „Übernehmer" statt „Übernehmen".
„ 121 „ 15 v. o. „ „19" statt „29".
„ 127 „ 19 v. o. „ „37" „ „27".
„ 130 „ 20 v. o. „ „43" „ „23".
„ 144 „ 24 v. o. „ „41" „ „48".
„ 348 „ 6 v. u. „ „dennoch" statt „demnach".

[1] Die Entscheidung Nr. 42 (Oberlandesgericht Frankfurt a./M.) ist im **alten** Verfahren ergangen.

Stanford Law Library

3 6105 06 149 420 4